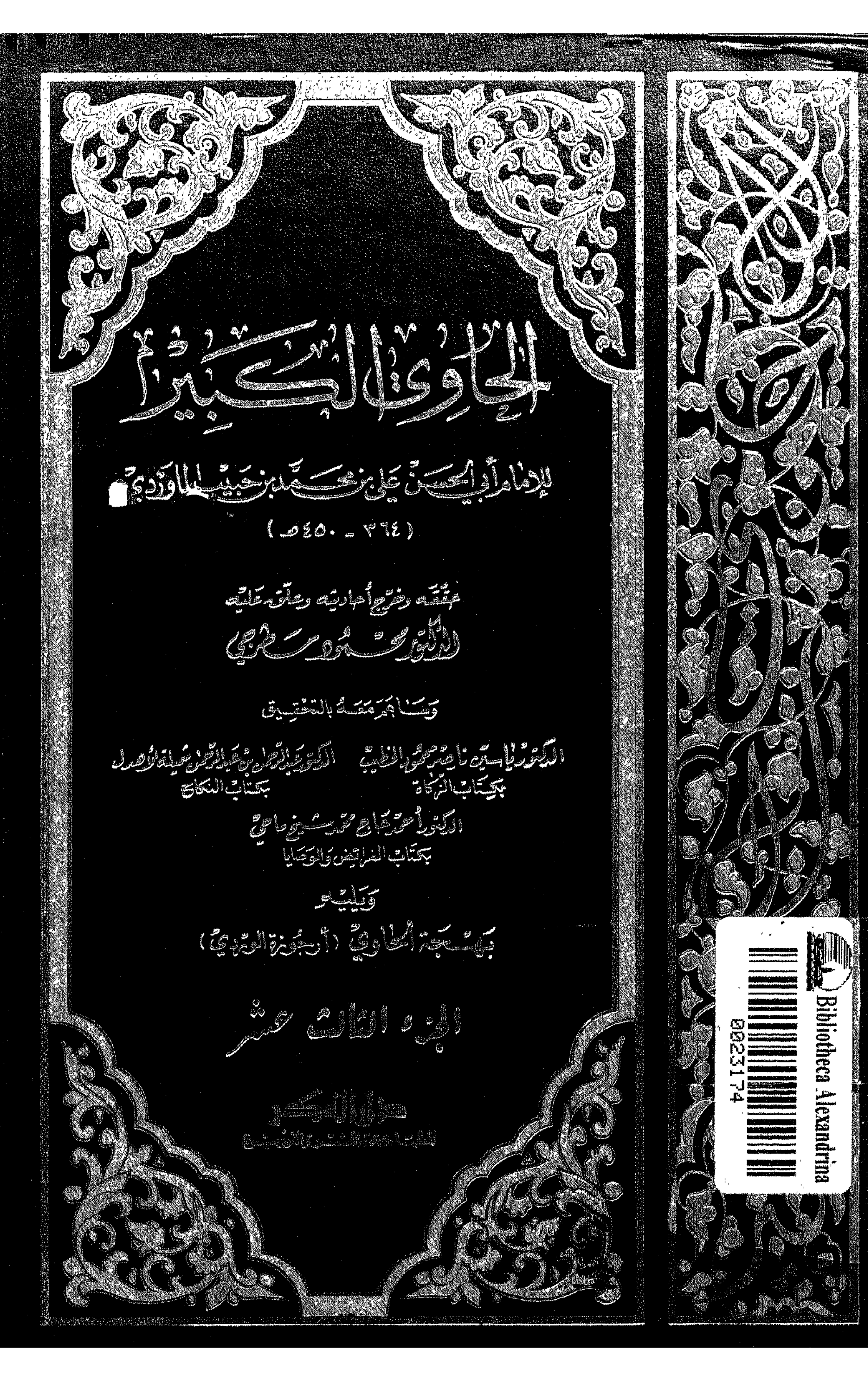

الحاوي الكبير
للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي
(٣٦٤ - ٤٥٠ هـ)
حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
الدكتور محمود مطرجي
وساهم معه بالتحقيق
الدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب
بكتاب الزكاة
الدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل
بكتاب النكاح
الدكتور أحمد حاج محمد شيخ ماحي
بكتاب الفرائض والوصايا
ويليه
بهجة الحاوي (أرجوزة الوردي)
الجزء الثالث عشر
دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
Bibliotheca Alexandrina
0023174


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)





الحاوي الكبير

للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي
(٣٦٤ - ٤٥٠هـ)

حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
الدكتور محمود مطرجي

وساهم معه بالتحقيق

الدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب
بكتاب الزكاة

الدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل
بكتاب النكاح

الدكتور حسن علي كوركولو
بكتاب الحدود

الدكتور أحمد حاج محمد شيخ ماحي
بكتاب الفرائض والوصايا

ويليه

بهجة الحاوي (أرجوزة الوردي)

الجزء الثالث عشر

كتاب الطلاق - الظهار

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

١٤١٤هـ/١٩٩٤م

دار الفكر

بيروت - لبنان

دار الفكر: حارة حريك - شارع عبد النور - برقيا: فكسي - تلكس: ٤١٣٩٢ فكر
ص.ب: ١١/٧٠٦١ - تلفون: ٦٤٣٦٨١ - ٨٣٨٠٥٣ - ٨٣٧٨٩٨ - دولي: ٨٦٠٩٦٢
فاكس: ٢١٢٤١٨٧٨٧٥ (٠٠١)

بَـابُ مَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنَ الْكَلَامِ وَمَا لَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ(١)

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الطَّلَاقَ فِي كِتَابِهِ بِثَلَاثَةِ أَسْمَاءَ. الطَّلَاقِ، وَالْفِرَاقِ، وَالسَّرَاحِ)(٢).

قال الماوردي: أما الطلاق، فلا يقع إلا بالكلام وما قام مقامه عند العجز عن الكلام، ولا يقع بمجرد النية من غير كلام، فلو نوى طلاق امرأته لم تطلق.

وقال ابن سيرين ومالك في إحدى رواياته: تطلق بمجر النية، حتى لو نوى طلاق امرأته طلقت، استدلالاً بقول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى»(٣) قال: ولأنه لما وقعت الفرقة بنية الردة، جاز أن تقع الطلاق.

ودليلنا: ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِه بنية أَنْفُسَهَا»(٤).

والنية: من حديث النفس، فاقتضى أن تكون موضوعة عنه. ولأن الطلاق إزالة ملك، والملك لا يزول بمجرد النية كالعتق والهبة. ولأن الطلاق أحد طرفي النكاح، فلم يصح بمجرد النية كالعقد.

وأما قوله عليه السلام: «إِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» فالمراد به: ثواب قربه إلى فعلها، فلم يدخل فيه نية الطلاق، لم يفعل. فأما الردة، فلأن ثبوت الردة يوقع الفرقة والردَّة، فتكون بمجرد الاعتقاد كالإيمان، وليس كالطلاق.

فصل: فإذا صح أن الطلاق لا يقع إلا بالقول. فالألفاظ فيه تنقسم ثلاثة أقسام:

---

(١) في المختصر: «باب ما يقع به الطلاق من الكلام وما لا يقع إلا بالنية والطلاق من الجامع من كتاب الرجعة، ومن كتاب النكاح ومن إملاء مسائل مالك وغير ذلك.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٢.

(٣) حديث عمر بن الخطاب: سبق تخريجه في الطهارة، والصلاة، والصوم...

(٤) سبق تخريجه في الوضوء والصلاة.

قسم: يكون صريحاً فيه، والصريح ما وقعت به الفرقة من غير نية.

وقسم: يكون كناية فيه، والكناية ما وقعت به الفرقة مع النية، ولم تقع به من غير نية.

وقسم: لا يكون صريحاً فيه ولا كناية، وهو ما لا يقع به الفرقة سواء كانت معه نية أو لم تكن.

فأما صريح الطلاق فهو على مذهب الشافعي ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح.

وقال أبو حنيفة: صريح الطلاق لفظة واحدة، وهي الطلاق دون الفراق والسراح. استدلالاً بأن كل لفظ تعارف الناس استعماله في الطلاق وغير الطلاق، لم يكن صريحاً في الطلاق، قياساً على قوله: أنت عليَّ حرام، وقد تعارف الناس استعمال الفراق والسراح في غير الطلاق، فلم يكن صريحاً في الطلاق.

ودليلنا هو: أن كل لفظ ورد به القرآن قصد الفرقة بين الأزواج، كان صريحاً فيها كالطلاق. وقد ورد القرآن بهذه الألفاظ الثلاثة:

أما الطلاق فبقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[1]. وبقوله: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[2]. وغير ذلك.

وأما السراح فبقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[3] وقال: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾[4].

وأما الفراق فبقوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[5]. اعترضوا على هذه الدلالة، وهي دلالة الشافعي بخمسة أسئلة:

أحدها: أن قالوا: هذا منتقض بالفدية، قد ورد بها القرآن في الفرقة بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[6]. وليس بصريح في الطلاق، فعنه جوابان:

أحدهما: أن الفدية لفظ صريح في حكمه أنه فسخ أو طلاق على أحد القولين.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.
(٢) سورة الطلاق، الآية: ١.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.
(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٢٨.
(٥) سورة الطلاق، الآية: ٢.
(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

والثاني: أن مقصود الفدية استباحة مالها به بعد أن كان محظوراً قبله، بقوله تعالى: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾(١). فنسخ بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾(٢).

والسؤال الثاني: أن قالوا: الكناية قد ورد بها القرآن في العتق بقوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرا﴾(٣). والفك قد ورد به القرآن في العتق بقوله: ﴿وَما أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾(٤). وليس الكناية والفك من صريح العتق، وكذلك السراح والفراق، جاز وإن ورد بهما القرآن أو لا يكون من صريح الطلاق، فعنه جوابان:

أحدهما: ليس يلزم، إذا كان ما ورد به القرآن في الطلاق صريحاً، أن يكون ما ورد به القرآن في الطلاق صريحاً، ولا يكون افتراقهما فيه مانعاً من أن يختص كل واحد منهما بحكمه.

والثاني: أن الكناية المراد بها العقد المكتوب بين السيد وعبده دون العتق، وهي صريح فيه.

وأما فك الرقبة، فلنزول ذلك سبب وهو أن أبا الأشد ابن المحي، كان ذا قوَّة يدلُّ بها فأنزل الله تعالى فيه: ﴿أَيَحْسَبُ أَنْ لَنْ يَقْدِرَ عَلَيْهِ أَحَدٌ﴾(٥) إلى قوله: ﴿فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ﴾(٦). أي: أنه وإن دل بقوته فليس يقدر على اقتحام العقبة، إلا بفك رقبة، فخرج مخرج الخبر عن صفة مقتحمها، ولم يخرج مخرج الأمر فيصير بذلك معتقاً لها.

والسؤال الثالث: أن السراح لو كان صريحاً كالطلاق، لما سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِنْدَ نُزُولِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ عَنِ الثَّالِثَةِ حَتَّى بَيَّن فَقَالَ: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾(٧) ولكان السائل يعلم أنه صريح فيستغني عن السؤال.

فالجواب عنه: أن صريح الطلاق، وكنايته من الأحكام الشرعية التي تخفى عن أهل اللغة، فسأله ليعلم صريح الشرع دون اللغة، وذلك مما لا يستغني عنه أحد.

والسؤال الرابع: أن الطلاق إنما كان صريحاً لأن القرآن ورد به، ولكن لأنه لا

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٠.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.
(٣) سورة النور، الآية: ٣٣.
(٤) سورة البلد، الآية: ١٢ ـ ١٣.
(٥) سورة البلد، الآية: ٥.
(٦) سورة البلد، الآية: ١١.
(٧) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

يستعمل في غير الفرقة، لذلك صار صريحاً. والفراق والسراح قد يستعملان في غير الفرقة، فكانا كناية.

قيل: قد يستعمل الطلاق في غير الفرقة، فيقال: فلان قد طلق الدنيا، إذا زهد فيها. وطلقت فلاناً من وثاقه، وقد داعب الشافعي بعض إخوانه فقال:

إذهب حصين فإنَّ ودَّك طالق   منيّ وليس طلاق ذاتِ البَيْنِ

فما أنكر ذلك حد من أهل اللغة، فلما لم يمنع من استعمال الطلاق في غيره أن يكون صريحاً فيه، كذلك الفراق والسراح.

والسؤال الخامس: أن الطلاق كان صريحاً لكثرة استعماله، والفراق والسراح يقل استعمالهما، فكانا كناية.

قيل: الصريح حكم شرعي، فاقتضى أن يراعى فيه عرف الشرع، لا عرف الاستعمال، وهما في عرف الشرع كالطلاق، وإن خالفاه في عرف الاستعمال.

وقياس ثان: وهو أن إزالة الملك إذا سرى لم يقف صريحه على لفظ واحد كالعتق.

وقياس ثالث: وهو أن الطلاق أحد طرفي النكاح، فوجب أن يزيد صريحه على لفظ واحد كالعقد.

وقياس رابع: وهو أن كل لفظ لا يفتقر في الطلاق عند الغضب والطلب إلى نية الطلاق، كان صريحاً فيه كالطلاق.

وقياس خامس: أنه أحد نوعي الطلاق، فلم يقف على لفظة واحدة، كالكناية، لأن الطلاق صريح وكناية.

فأماالجواب عن قياسهم، فقد مضى في أجوبة الأسئلة، ثم المعنى في الأصل: أنه لم يرد به القرآن، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكِ، أَوْ فَارَقْتُكِ، أَوْ سَرَّحْتُكِ، لَزِمَهُ الطلاق)[1].

قال الماوردي: إذا ثبت ما دللنا عليه: أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ: الطلاق،

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

والفراق والسراح. فإذا قال لها: أنت طالق، أو قد طلقتك، أو أنت مطلقة، أو يا مطلقة، كان كل هذا صريحاً في وقوع الطلاق.

وقال أبو حنيفة: إذا قال لها: أنت مطلقة، لم يكن صريحاً، لأنه إخبار. وإذا قال لها: يا مطلقة لم يكن صريحاً، لأنه نداء.

وهذا خطأ، لأن إخبارها وندائها إنما يكون بحكم قد استقر عليها، ولو لم يستقر لما صح أن يكون نداء ولا خبراً. ولأن قوله: أنت طالق، إخبار، وهو صريح، فكذلك قوله: أنت مطلقة، فإذاً صح أن يكون النداء صريحاً.

وهكذا لو قال لها: أنت مفارقة أو قد فارقتك، أو يا مفارقة، كان صريحاً في وقوع الطلاق عليها. وهكذا لو قال: أنت مسرحة أو قد سرحتك، أو يا مسرحة، كان كل هذا صريحاً في وقوع الطلاق عليها.

فصل: لو قال لها: أنت طالق يا مطلقة، صار هذا النداء بعد تقديم الطلاق محتملاً، فيرجع فيه إلى إرادته لزيادة طلاق، أو لنداء من وقع عليها الطلاق، وكذلك نظائر هذا.

فصل: وإذا قال لها: أنت الطلاق، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه صريح يقع بغير نية، اعتباراً باللفظ.

والوجه الثاني: يكون كناية، لأنها تكون مطلقة، ولا يكون طلاقاً.

فصل: وإذا قال له رجل: طلقت امرأتك هذه؟ فقال: نعم، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون صريحاً في وقوع الطلاق أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الأظهر: أنه يكون صريحاً لا يرجع فيه إلى إرادته، كما يكون الإقرار عند سؤال الحاكم صريحاً.

والوجه الثاني: أن يكون كناية يرجع فيه إلى إرادته، لأن ظاهره إخبار عن سؤال.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَمْ يَنْوِ فِي الْحُكْمِ، وَيَنْوِي فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، لأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُ طَلاَقاً مِنْ وَثَاقٍ، كَمَا لَوْ قَالَ لِغُلاَمِهِ. أَنْتَ حُرٌّ يُرِيدُ حُرَّ النَّفْسِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢. وتتمة المسألة: «ولا يسع امرأته وعبده أن يقبلا منه».

قال الماوردي: إعلم أنه لا يخلو حال من تلفظ بصريح الطلاق من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقصد اللفظ وينوي الفرقة، فيقع به الطلاق إجماعاً إذا كان المتلفظ من أهل الطلاق.

والقسم الثاني: أن يقصد اللفظ ولا ينوي الفرقة، فيقع به الطلاق، لأن الصريح لا يفتقر إلى نية، وهو قول جمهور الفقهاء.

وقال داود: لا يقع به الطلاق إلا مع النية، استدلالاً بقول النبيّ ﷺ: «وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى»[1].

وهذا خطأ. لقول النبيّ ﷺ: «ثَلاَثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ. النِّكَاحُ، والطَّلاَقُ، وَالْعِتَاقُ»[2]. ولأن الفرقة تقع بالفسخ تارة وبالطلاق أخرى. فلما لم يفتقر الفسخ إلى النية، لم يفتقر الطلاق إليها. ولأنه لما لم يفتقر صريح العتق إلى النية. لم يفتقر صريح الطلاق إلى النية ولأنه قد افترق في الطلاق حكم الصريح والكناية، فلو افتقر الصريح إلى النية، لصار جميعه كناية، وإذا كان كذلك، فقد وقع الطلاق مع عدم النية ظاهراً وباطناً.

والقسم الثالث: أن يبعد اللفظ ويريد به طلاقاً من وثاق، أو فراقاً إلى سفر، أو تسريحاً إلى أهل، فيلزمه الطلاق في ظاهر الحكم، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى في الباطن.

وقال أبو حنيفة: يلزمه الطلاق في الظاهر والباطن، ولا يدين، كما لا يدين إذا تلفظ بالطلاق ويريد به غير الطلاق.

ودليلنا: قول النبيّ ﷺ: «لاَ تُحَاسِبُوا الْعَبْدَ حِسَابَ الرَّبِّ»[3] أي: لا تحاسبوه إلا على الظاهر دون الباطن، وإن كان الله تعالى يحاسب على الظاهر والباطن.

وقال النبيّ ﷺ: «إِنَّمَا أَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ وَيَتَوَلَّى اللَّهُ السَّرَائِرَ»[4]، ولأن اللفظ يحتمل ما نوى. لأنه لو صرح به لكان محمولاً عليه، فاقتضى إذا نواه أن يكون مديناً فيه، لأنه أحد احتماليه. وليس كذلك إذا أوقع الطلاق مريداً به غير الطلاق، لأنه يسلب اللفظ حكمه الذي لا يحتمل غيره.

---

(١) حديث عمر: سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه في أول الطلاق.

(٣) لم أقف عليه.

(٤) سبق تخريجه.

والقسم الرابع: أن لا يقصد اللفظ ولا يريد به الفرقة، وإنما يسبق به لسانه غلطاً، أو دهشاً، أو كان أعجمياً، لا يعرف لفظ الطلاق، ولا حكمه فالطلاق لازم له في ظاهر الحكم، وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى، فلا يلزمه في الباطن.

فصل: وأما زوجة المدين في طلاقه، إذا ألزم الطلاق في الظاهر دون الباطن، فلا يخلو حالها من ثلاثة أقسام:

إما أن تعلم صدقة فيما دين فيه فيسعها فيما بينها وبين الله تعالى أن تقيم معه وتمكنه من نفسها، ولا يكره لها، ويجب على الزوج نفقتها، ويحرم عليها النشوز عنه، فإن نشزت، لم يجبرها الحاكم وإن أثمت لوقوع طلاقه في الظاهر، واختلف أصحابنا في الحاكم إذا رآهما على الإجتماع. هل يلزمه التفرقة بينهما، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه بحكم الظاهر الفرقة.

والوجه الثاني: لا يلزمه، لأن ما هما عليه من الاجتماع، يجوز إباحته في الشرع، فلو فرق الحاكم بينهما، ففي تحريمها عليه في الباطن وجهان من اختلاف الوجهين في وجوب حكمه بالفرقة.

والقسم الثاني: أن تعلم الزوجة كذبه فيما دين فيه، فعليها الهرب منه، ولا يسعها في حكم الظاهر والباطن أن تمكنه من نفسها، وإن جوزنا للزوج أن يستمتع بها. وإن سألت الحاكم أن يحكم بينهما بالفرقة، لزمه الحكم بها، ويجوز لها بعد انقضاء العدة أن تتزوج بغيره، ويجوز لمن خطبته أن يتزوجها إن لم يصدق الزوج فيما دين فيه. فإن علم صدقة، لم يجز أن يتزوجها إن لم يحكم الحاكم بينهما بالفرقة. وفي جواز تزويجه بها بعد الحكم بالفرقة وجهان.

والقسم الثالث: أن لا تعلم الزوجة صدقه فيما دين فيه، ولا كذبه، فيكره لها تمكينه من نفسها لجواز كذبه، وفي تحريمه فيما بينها وبين الله تعالى وجهان:

أحدهما: لا تحرم عليها في الباطن، تغليباً لبقاء النكاح. فعلى هذا، تكون في حكم القسم الأول.

والقسم الثاني: يحرم عليها في الباطن تغليباً لوقوع الطلاق في الظاهر. فعلى هذا، يكون في حكم القسم الثاني. فلو ادعى عليه تصديقه فيما دين فيه وأنكرته، ففي وجوب إخلافها عليه وجهان، بناء على ما مضى، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسَوَاءٌ كانَ ذَلِكَ عِنْدَ غَضَبٍ أَوْ مَسْأَلَةِ طَلَاقٍ أَوْ رِضاً، وَقَدْ يَكُونُ السَّبَبُ وَيَحْدُثُ كَلَامٌ عَلَى غَيْرِ السَّبَبِ)[1].

قال الماوردي: أما صريح الطلاق، فيستوي حكمه في الغضب والرضى، وعند مسألة الطلاق، وفي الابتداء، وهذا متفق عليه. وأما كنايات الطلاق فحكمها عندنا في الغضب والرضى سواء. وعند مسألة الطلاق وفي الابتداء: أنه لا يقع إلا بنيته وإرادته.

وقال أبو حنيفة ومالك: إن لم يقترن بالكنايات سبب، من غضب أو طلب علم يقع بها الطلاق إلا مع النية، وإن قارنها سبب من طلب أو غضب فعند مالك: يقع الطلاق بجميعها من غير نية.

وعند أبي حنيفة: يقع الطلاق بستة ألفاظ منها: بغير نية، وهي قوله: أنت خلية، أو بريئة، أو بتّة، أو بائن، أو حرام، أو أمرك بيدك. ولا يقع بغيرها من الكنايات إلا مع النية، على ما سنذكره في موضعه. استدلالاً بأن دلالة الحال تصرف الكلام عن حقيقته وموضوعه إلى غيره، وتخصه بحكم دون حكم، استشهاداً بأن الخلع لو اقترن به العوض كان صحيحاً، ولو تجرد عن العوض كان كناية. فاختلف حكمه بالقرينة، كذلك سائر الكنايات، ولأنه لما كان جزاء الشرط مقصوراً عليه، وجب أن يكون الحكم عن سبب محمولاً عليه.

قال: ولأنه لفظ من ألفاظ الطلاق، ورد على طلب الطلاق، فوجب أن يكون طلاقاً كالفراق والسراح.

ودليلنا: ما روي «أَنَّ رُكَانَةَ بْنَ عَبْدِ يَزِيد طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ أَلْبَتَّةَ، وَجَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَالَ لَهُ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي أَلْبَتَّةَ، فقال لَهُ: مَا أَرَدْتَ بِهَا؟ فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «واللَّهِ، إِنَّكَ مَا أَرَدْتَ إِلَّا وَاحِدَةً فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً»[2]. فرجع فيه إلى إرادته.

ولو اختلف حكمه بالسبب، أو عند الغضب والطلب، لسأله عنه ولبينه له. ولأن الأحكام لا تختلف بالغضب والرضى كسائر الأحكام، ولأن الكناية أحد نوعي الطلاق، فلم تختلف بالرضى والغضب كالصريح. ولأنها كناية لم تقترن بنية الطلاق، فلم يكن طلاقاً كالرضى وعدم الطلب.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

(٢) حديث ركانة: سبق تخريجه في أول الطلاق.

فأما الاستدلال، بأن دلالة الحال تصرف الكلام عن حقيقته وموضوعه، فقد قال الشافعي: إن الأسباب متقدمة والأيمان بعدها محدثة، وقد يخرج على مثالها وعلى خلافها، فأخذته لمخرج يمينه. فإذا كان لفظه عاماً، لم أعتبر بخصوص السبب. وإذا كان لفظه خاصاً، لم أعتبر بعموم السبب، ويرجع عن نية الطلاق في حال الغضب، وفي استشهاده كلام مضى في موضعه يمنع به من حصة الاستشهاد.

وأما قياسهم على الفراق والسراح، فلأنهما صريحان في الرضى والغضب كالطلاق.

وأما الشرط والجزاء، مخالف للحكم والسبب لأمرين:

أحدهما: اتصال الشرط، وانفصال السبب.

والسبب الثاني: أن الشرط منطوق به فلم يدخله احتمال، والسبب غير منطوق به، فدخله الاحتمال، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ قَالَ فَارَقْتُكَ سَائِراً إِلَى المَسْجِدِ، أَوْ سَرَّحْتُكِ إِلَى أَهْلِكِ، أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكِ مِنْ وَثَاقِكِ، أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قيد بصريح الطلاق بما يغلب حكم الصريح، مثل أن يقول: قد طلقتك من وثاقك وفارقتك إلى المسجد، وسرحتك إلى أهلك، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول ذلك فاصلاً بين قوله: طلقتك، وبين قوله: من وثاقك، فقد استقر حكم الطلاق في الوقوع بإمساكه على قوله: قد طلقتك، ولا يؤثر فيه ما استأنفه بعد الإمساك من قوله: من وثاقك، ولظهر أول الكلام مربوطاً بآخره، كما لا يؤثر الاستثناء بمشيئة الله ويبين العدد بعد انقطاع الكلام.

والضرب الثاني: أن يقول ذلك متصلاً، لا يفصل بين قوله: طلقتك وبين قوله: من وثاقك، فيصير أول الكلام مربوطاً بآخره، فيخرج أوله من الصريح بما اتصل فيه وفي آخر كما لو اتصل بالكلام استثناء، صار حكم أوله محمولاً على الاستثناء بآخره.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢. وتتمة المسألة: «فإن قيل: قد يكون هذا طلاقاً تقدّم فأتبعه كلاماً يخرج به منه قيل: قد يقول لا إله إلا الله فيكون مؤمناً يبيّن آخر الكلام عن أوله، ولو أفرد «لا إله» كان كافراً».

فإن قيل: فقد قدّم صريح الطلاق بقوله: قد طلقتك، وقد يجوز أن يتعقبه ندم، فيصله بقوله: من وثاقك.

قيل: لا معنى لهذا التوهم، لأن الكلام المتصل يتعلق الحكم بجميعه لا ببعضه. ألا ترى لو قال: لا إله إلا الله، كان موحداً بالإيمان، وإن كان أوله نفياً وآخره إثباتاً؟ وليس لقائل أن يقول: قد كفر بقوله لا إله، ثم خاف فاستدرك بقوله: لا إله، فينبغي أن يحكم بكفره، ولا يحكم بإيمانه. وإذا كان كذلك، صار اللفظ الصريح بما اتصل به من القرينة كناية يقع به الطلاق إن نواه، ولا يقع به إن لم ينوه.

فصل: وإذا قال الرجل لامرأته: أنا طالق منك، كان كناية يقع به الطلاق إن نواه، ولا يقع إن لم ينوه. وكذلك لو جعل إليها طلاق نفسها، فقالت: أنت طالق مني، كان كناية، يقع بها الطلاق، إن نوته، ولا يقع إن لم تنوه.

وقال أبو حنيفة: لا يقع بهما الطلاق إلا إذا قال الزوج: أنا طالق منك، ولا إذا قالت الزوجة: أنت طالق مني.

ولو قال الزوج: أنا بائن منك، أو أنا حرام عليك، قال أبو حنيفة: يقع به الطلاق إن نواه. واستدل أبو حنيفة على ما خالفنا فيه: بأن رجلاً جعل أمر امرأته بيدها، فطلقت زوجها، فسأل عبدالله بن عباس عن ذلك، فقال خطأ الله نؤها، هلا طلقت نفسها[1]، إنما الطلاق لك عليها، وليس لها عليك، ولأنه لما اختص اسم الطلاق بالزوجة دون الزوج، فقيل لها: إنها طالق، ولم يقل للزوج: إنه طالق، وجب أن يختص حكم الطلاق بالزوجة دون الزوج، فتقع الفرقة بالطلاق عليها، ولا تقع بالطلاق عليه، لأن ثبوت الحكم يقتضي ثبوت الاسم، وانتفاء الاسم يقتضي انتفاء الحكم، كما أن انتفاء اسم الزوجية يوجب انتفاء حكمها، وثبوت اسمها يوجب ثبوت حكمها. قال: ولأن الزوج لو كان محلاً لوقوع الطلاق عليه، لكان صريح الطلاق فيه صريحاً، ولكان حكمه به متعلقاً، فلما انتفى عنه صريح الطلاق ولم تجب عليه العدة من الطلاق، دلَّ على أنه ليس بمحل للطلاق كالأجنبي. ولأن قوله لزوجته: أنا طالق منك، كقوله لعبده: أنا حر منك، فلما لم يكن هذا عتقاً، لم يكن هذا طلاقاً.

---

(١) الأثر عن ابن عباس: أخرجه سعيد بن منصور: (١٦٤٢) والبيهقي ٧/ ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

قال: ولأن الطلاق من الحبس، والزوجة محبوسة عن الأزواج، فجاز أن يقع عليها الطلاق والزوج غير محبوس بها عن الزوجات، لم يجز أن يقع عليه الطلاق.

ودليلنا: ما روي عن عبدالله بن مسعود، سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن وقوع الطلاق على الزوج فقال عمر: كَيْفَ تَرَى أَنْتَ، فَقَالَ: أَرَى أَنَّهَا وَاحِدَةٌ، وَزَوْجُهَا أَحَقُّ بِهَا، فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نِعْمَ مَا رَأَيْتَ[1]، فدل ذلك على إجماعهما على أن وقوع الطلاق على الزوج كناية فيه، ولأنه أحد الزوجين، فجاز أن تقع الفرقة، بوقوع الطلاق عليه كالزوجة. ولأن ماصلح أن تقع به الفرقة إذا وقع على الزوجة، جاز أن تقع به الفرقة إذا وقع على الزوج، كالتحريم والبينونة. ولأن من صح إضافة كناية الطلاق إليه، صح إضافة صريحه إليه، كالزوجة طرداً وكالأجنبية عكساً.

والاستدلال من هذا الأصل هو: أن صريح الطلاق أقوى من كنايته، فلما وقعت الفرقة بكناية الطلاق في الزوج، كان وقوعها بصريحه به أولى.

فأما استدلاله بحديث ابن عباس، فقد خالف عمر وابن مسعود، وقول الاثنين أقوى من قول الواحد.

وأما استدلاله بانتفاء الاسم عن الزوج أوجب انتفاء حكمه، فباطل بقوله: أنا بائن منك، وحرام عليك. على أن حكم الطلاق متعلق بكل واحد من الزوجين، وإن اختص أحدهما بالاسم.

وأما استدلاله بأنه لما لم يكن صريح الطلاق فيه صريحاً ولا وجب عليه العدة لم يكن محالاً له، فالجواب عنه: أنه لما لم يكن في حقيقته صريحاً، لأن الصريح ما اقترن به عرف الاستعمال عندهم، وعرف القرآن عندنا، ولم يتناول جهة الزوج عرف الاستعمال وعرف القرآن، فكان صريحاً، وقد تناوله في جهة الزوجة، عرف الاستعمال وعرف القرآن فكان صريحاً.

وأما العدة، فهي الامتناع من الأزواج والزوجة ممنوعة من ذلك في حال الزوجية، فمنعت منه بعد الزوجية، والزوج غير ممنوع منه في حال الزوجية، فلم يكن ممنوعاً منه بعد الزوجية.

---

(١) الأثر عن عمر: أخرجه سعيد بن منصور (١٦٤٠) والبيهقي ٣٤٧/٧.

وأما الاستدلال بقوله لعبده: أنا حر منك، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون كناية عن عتقه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يكون كناية في عتقه، يعتق به إذا نواه. فعلى هذا، يسقط الاستدلال به.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه لا يكون كناية، ولا يعتق به. فعلى هذا، الفرق بينهما: أن العتق إنما هو إزالة الرق، والرق يختص بالعبد دون السيد، فلم يصح العتق إلا أن يتوجه اللفظ إلى العبد دون السيد. وليس كذلك الطلاق، لأنه رفع الزوجية التي قد اشترك فيها الزوجان، فجاز أن تقع الفرقة بوقوعها على الزوجين.

وأما استدلاله بأن الطلاق هو إطلاق من الحبس، وهذا مختص بالزوجة دون الزوج، ففيه جوابان:

أحدهما: أن الطلاق هو الإطلاق من عقد النكاح، والعقد متعلق بهما، فجاز أن يكون الطلاق واقعاً عليها.

والثاني: أنه وإن كان إطلاقاً من حبس، فهو محبوس بها عن نكاح أختها، وخالتها، وعمتها، وعن نكاح أربع سواها، كما كانت محبوسة عن غيره، فجاز أن يقع الطلاق عليه لينطلق من حبس هذا التحريم كما وقع عليها، فانطلقت من حبس التحريم. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ، أَوْ بَائِنٌ، أَوْ بَرِيئَةٌ، أَوْ بَتَّةٌ أَوْ حَرَامٌ، أَوْ مَا أَشْبَهَهُ، فَإِنْ قَالَ: قُلْتُهُ وَلاَ أَنْوِي طَلاَقاً وَأَنَا أَنْوِي بِهِ السَّاعَةَ طَلاَقاً، لَمْ يَكُنْ طَلاَقاً حَتَّى يَبْتَدِئَهُ ويبتدىء الطَّلاَقُ، وَمَا أَرَادَ مِنْ عَدَده)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الألفاظ التي يخاطب بها الرجل زوجته في الطلاق تنقسم إلى ثلاثة أقسام: صريح، وكناية، وما ليس بصريح ولا كناية.

فأما الصريح فقد ذكرنا أنه ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح. ومعنى الصريح: أنه لا يفتقر في وقوعه إلى نية. وأما الكناية: فهو الذي لا يقع الطلاق به إلا مع النية، وهو كل لفظ دل على المباعدة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

وقال الشافعي في كتاب «الرجعة»: كل ما يشبه الطلاق فهو كناية، والكناية ضربان: ظاهرة وباطنة.

فالظاهرة ستة ألفاظ. بتة، وخلية، وبرية، وباين، وبتلة، وحرام.

والباطنة: اعتدي، واذهبي، واغربي، والحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا حاجة لي فيك، وانكحي من شئت، واستبرئي، وتقنعي، وقومي، واخرجي، وتجرعي، وذوقي، وكلي، واشربي، واختاري وما أشبه ذلك على ما سنشرحه. وكلا الأمرين الضربين عندنا سواء، وحكم الظاهرة والباطنة عندنا واحد. فإن اقترن بالنية وقع به الطلاق، وإن تجرد عنها لم يقع.

وقال مالك: الكنايات الظاهرة يقع بها الطلاق الثلاث من غير نية، فإن نوى بها واحدة كانت في غير المدخول بها ما نوى، وفي المدخول بها ثلاثاً.

وقال أبو حنيفة: جميع الكنايات الظاهرة والباطنة يقع بها الطلاق إذا قارنها أحد ثلاثة أشياء: النية، أو الغضب، أو طلب الطلاق. ولكن ما كان ظاهراً وقع بائناً، وما كان منها باطناً وقع رجعياً، إلا أن يريد بهما ثلاثاً فتكون ثلاثاً. ولو أراد اثنتين لم تكن إلا واحدة، ولو أراد بصريح الطلاق ثلاثاً أو اثنتين، لم تكن إلا واحدة، وله في كل لفظة مذهب يطول شرحه، لكن تقريب جملته ما ذكرناه، فصار الخلاف معه في أربعة فصول:

أحدها: أن الغضب والطلب، هل يقومان في الكناية مقام النية أم لا؟.

والثاني: أن وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة، هل يكون بائناً أم لا؟.

والثالث: إذا أراد بالكنايات اثنتين، هل تكون اثنتين أم لا؟.

والرابع: أنه أراد بصريح الطلاق الثلاث، هل تكون ثلاثاً أم لا؟.

فأما الفصل الأول: في الطلب والغضب، فقد مضى الكلام فيهما، وذكرنا: أنه لا تأثير لهما في صريح، ولا كناية.

فصل: **وأما الفصل الثاني**: وهو أن وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة، هل يكون رجعياً إذا لم يرد به ثلاثاً؟ فعندما يكون رجعياً إن أراد به واحدة أو اثنتين، أو لم تكن نية في عدد؟.

وقال أبو حنيفة: يكون بائناً، لا يملك فيه الرجعة استدلالاً بأن قوله: أنت بائن لفظ يقتضي البينونة، وجب أن يقع الطلاق به بائناً كالثلاث. ولأنه لا يخلو أن يعمل هذا اللفظ

في وقوع الطلاق، فيجب أن يقع على مقتضاه. وإن لم يعمل، تجردت النية عن لفظ عامل، فيجب أن لا يقع به طلاق.

ودليلنا: حديث رُكَانَةَ بْنِ يَزِيد حِينَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ أَلْبَتَّةَ، فَسَأَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ عَمَّا أَرَادَ بِأَلْبَتَّةَ؟ فَقَالَ: «وَاحِدَة، فَأَحْلَفَهُ عَلَيْهَا، وَرَدَّهَا عَلَيْهِ»[1] فدل على أنها لا تكون ثلاثاً. فخالف قول مالك، وتكون رجعية بخلاف قول أبي حنيفة.

وروي: أن المطلب بن حنطب طلق امرأته ألبتة، فقال له عمر: «أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ، فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ لَا تَبُتُّ»[2] وهذا دليل عليهما، وروي أنه قال: «فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ تَبُتُّ» يعني بانقضاء العدة إن لم يمسك.

وروي أن التوأمة طلق امرأته البتة فقال عمر: ما أردت؟ قال: واحدة، فاستحلفَهُ، فقال: «أَتُراني أقيمُ على فَرْجٍ حرام؟ فأحلفه وأقرّه على نكاحه»[3] وليس يعرف لعمر في هذا مخالف، فكان إجماعاً على مالك وأبي حنيفة. لأن وقوع الطلاق إذا تجرد عن عدد وعوض، كان رجعياً في المدخول به، قياساً على قوله: أنت طالق، أو اعتدي، أو استبرئي رحمك، أو أنت واحدة، فإن أبا حنفية وافق على هذه الأربع: أنه يملك بها الرجعة، ولأنها معتدة يلحقها الطلاق فوجب أن يملك رجعتها كالمطلقة بالصريح، وبما ذكرنا من الكناية. ولأن ما لا يتعلق بصريح الطلاق، لم يتعلق بكنايته لتحريم الثلاث. ولأن ما لم يمنع صريحه من الرجعة، لم تمنع كنايته من الرجعة لقوله: أنت واحدة، هو كناية أنت طالق. ولأن صريح الطلاق من كنايته، فلما لم يرفع الصريح الرجعة، فأولى أن لا ترفعها الكناية، ولأنه لو نوى بالطلاق صريح أنه بائن، لم يرفع الرجعة، فإذا تجرد لفظ البائن عن الصريح فأولى أن لا يرفع الرجعة.

فأما استدلاله بأنه لفظ يقتضي البينونة، فمنتقض بقوله: أنت طالق ولا رجعة لي عليك، تكون طالقاً وله الرجعة، فلم يرتفع بهذا اللفظ، وإن كان مقتضياً للبينونة. ثم المعنى في الأصل الذي هو الثلاث: استيفاء العدد.

---

(١) حديث ركانة: سبق تخريجه.

(٢) الأثر عن عمر: أخرجه عبد الرزاق: (١١٧٥) والبيهقي ٧/ ٣٤٣.

(٣) الأثر عن عمر: أخرجه عبد الرزاق (١١٧٣) و (١١٧٤) والبيهقي ٧/ ٣٤٣.

وأما استدلاله بأنه إذا وقع به الطلاق وقع مقتضاه، فمنتقض بلفظ الطلاق، لأنه يقتضي طلاقاً من جنسه، وقد يكون رجعياً لا يخرج به من جنسه.

فصل: **وأما الفصل الثالث**: وهو إذا نوى بالكنايات اثنتين، وقع اثنتان عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا تقع إلا واحدة، استدلالاً بأن قوله: أنت بائن يتضمن البينونة، وهي نوعان: صغرى وهي التي تثبت الرجعة، وتحل قبل زوج. وكبرى: وهي التي تقطع عصمة الرجعة، ولا تحل إلا بعد زوج. فإذا أراد الكبرى وكانت الثلاث تبعاً، وإن لم يرد الكبرى وقعت الصغرى، لأنها لا تنفك عنك وهي واحدة؛ فأما الثنتان فخارج منهما. ولأن لفظ البينونة لا يتضمن عدداً، لأن البائن مثل الحائض والطاهر، ولا يحسن أن تقول: أنت بائتنان، كما لا يحسن أن تقول: أنت حائضتان وطاهرتان، فإذا لم يتضمن العدد لم يجز أن يعلق عليه العدد.

ودليلنا هو: أن كل عدد ملك إيقاعه بالصريح، ملك إيقاعه بالكناية، كالثلاث. ولأن وقوع الثلاث أغلظ من وقوع الثنتين، لأن الثالثة لا تقع إلا بعد الثانية. فإذا وقعت الثنتان مع الثالثة، فأولى أن تقع الثنتان دون الثالثة.

فأما استدلاله بأن البينونة بالصريح لا تكون بواحدة، فهو: أنه ليس وقوعها بالواحدة، وأن يصح ضم ثانية إليها، كالمختلفة. وإن كانت تبين بالواحدة، يجوز أن يخالفها على اثنتين.

وأما استدلاله بأن لفظ البائن لا يتضمن عدداً، لأنه لا يحسن أن يقال: أنتما بائتنان، ففاسد بالثلاث لأنه لمّا لم يتضمن العدد، لم تقع الثلاث. وإذا جاز أن تقع ثلاثاً، جاز أن تقع اثنتين ولا يمتنع أن يقال: أنت بائن اثنتين، كما لا يمتنع أن يقال: أنت بائن ثلاث.

فصل: **وأما الفصل الرابع**: وهو إذا نوى بصريح الطلاق ثلاثاً، فقال: أنت طالق، ونوى الثلاث كانت ثلاثاً، ولو نوى اثنتين كانت اثنتين، فيحمل صريح الطلاق على ما نوى من عدده.

وقال أبو حنيفة: لا يقع بصريح الطلاق إلا واحدة.

ولو قال: أنت طالق ينوي طلقتين أو ثلاثاً، لم تقع إلا واحدة، إلا أن يتلفظ بالعدد نطقاً، أو يقول: أنت طالق ناوياً الثلاث، فتطلق ثلاثاً.

وفرق بين قوله: أنت طالق ينوي ثلاثاً فيطلق واحدة، وبين قوله: أنت الطلاق وينوي الثلاث فيطلق ثلاثاً: بأن الطلاق مصدر يحتمل العدد، قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[1]. وقوله: أنت طالق، إخبار عن صفة لا تحتمل العدد، كما لا تحتمل دخول العدد في قولهم: أنت قائم وقاعد وراكع وساجد، وجعل هذا الفرق بينهما دليلاً.

قال: ولأن الطلاق صريح في الواحد، فلم يجز أن يجعل كناية في الثلاث، لأنه يؤخر إلى أن يكون اللفظ الواحد في الجنس الواحد صريحاً وكناية في حال واحدة، وهذا فاسد.

ودليلنا: أن قوله: أنت طالق، عند أهل العربية اسم فاعل، لأنهم يقولون: طلقت فهي طالق، كما قالوا: حاضت فهي حائض، وضربت فهي ضارب، واسم الفاعل يحتمل العدد، لأنه يجب أن يفسر بأعداد المصادر، فيقال: أنت طالق طلقتين، وأنت طالق ثلاث تطليقات ومائة طلقة، وضارب مائة ضربة. ولو كان الاسم لا يتضمن أعداد مصادره، فأحسن أن يعتبر به. كما لا يحسن أن يقال: أنت ضارب طلقة، وقائم قعدة، ولذا تضمن العدد بدليل ما ذكرنا، جاز أن يقع به الثلاث، كما يقع بقوله: أنت الطلاق.

وتحريره قياساً: أن كل لفظ جاز أن يكون العدد فيه مظهراً، جاز أن يكون العدد فيه مضمراً، كالمصدر إذا قال: أنت الطلاق.

ودليل ثان: وهو أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً وقعت الثلاث، بقوله: أنت طالق، وكان قوله ثلاثاً تفسير للعدد المضمر فيه. ألا تراه لو قال لغير مدخول بها: أنت طالق ثلاثاً، طلقت ثلاثاً ولو كانت الثلاث لا تقع إلا باللفظ الأول، لما وقع عليها إلا واحدة. لأن غير المدخول بها لا تطلق بلفظ بعد لفظ، لأنه لو قال: أنت طالق وطالق، وقعت الأولى ولم تقع الثانية. وإذا جاز أن يكون العدد مضمراً فيه، إذا أظهره، جاز أن يكون مضمراً فيه إذا نواه.

وتحريره قياساً: أن كل عدد جاز أن يتضمنه مصدر الطلاق، جاز أن يتضمنه اسم الطلاق كالمظهر.

ودليل ثالث: وهو أنه لو قال: أنت طالق، وأشار بأصابعه الثلاث، طلقت ثلاثاً. ونية

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

الثلاث أقوى من إشارته بالثلاث، لأن الكناية تعمل فيها النية، ولا تعمل فيها الإشارة، فلما وقعت الثلاث بالإشارة، فأولى أن تقع بالنية.

وأما استدلاله بأن قوله: أنت طالق، إخبار عن صفة لا تتضمن عدداً، فهو خطأ لما ذكرنا أنه اسم يحتمل العدد بما بيناه من جواز قوله: أنت طالق ثلاثاً. وقوله: أنت حائض، وطاهر، وقائم، وقاعد، فهو مما لا يجوز أن يجتمع منه عدد في حال واحدة، فلم يتضمن العدد، وليس كذلك الطلاق، لأنه لا يصح أن يجتمع منه العدد في حالة واحدة، فجاز أن يتضمن العدد، كما يجوز أن يقول: أنت عالم عِلْمَيْنِ، وجائر جورين، فيجوز أن يتضمنه العدد.

وأما استدلاله بأنه صريح في الواحدة، فلم يجز أن يكون كناية في الثلاث، فغير مسلم. لأنه إذا نوى الثلاث، كان صريحاً فيها، ولم يكن صريحاً في واحدة، كناية في اثنتين فلم يسلم لهم الاستدلال.

فصل: وإذا تمهد حكم الكناية وأن الطلاق لا يقع بها إلا مع النية. فإن تجردت عن النية، لم يقع بها طلاق، لأن قوله: أنت خلية، يحتمل خلية من خير، وخلية من شر، وخلية من زوج، فلم يحمل على إحدى احتمالاته بغير نية. وكذلك قوله: أنت بائن، يحتمل من الخير والشر والزوج. وكذلك سائر الكنايات، يتقابل فيها الاحتمال، فلم يقع بها طلاق من غير نية.

فأما إذا وجدت الكناية ونية الطلاق، فلا يخلو حال النية من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون النية متقدمة على جميع اللفظ، فلا يقع الطلاق. ولأن النيّة تجردت عن لفظ فلم يقع بها طلاق، واللفظ تجرد عن نية، فلم يقع به طلاق.

والقسم الثاني: أن تكون النية متأخرة عن جميع اللفظ، فلا يقع الطلاق أيضاً لما ذكرنا أن اللفظ لما تجرد عن النية لم يقع به طلاق، والنية لما تجردت عن اللفظ لم يقع بها طلاق.

مثال هذين: نية الصلاة، إن تقدمت على الإحرام لم تصح، وإن تأخرت عنه لم تصح.

والقسم الثالث: أن تكون النية مقارنة لجميع اللفظ، فتوجد من أول اللفظ إلى آخره،

فالطلاق واقع باللفظ والنية معاً، ولا يكون وقوعه بأحدهما، وإن كان اللفظ هو المغلب لظهوره.

والقسم الرابع: أن توجد النية في بعض اللفظ وتعدم في بعضه. إما أن توجد في أوله وتعدم في آخره، أو توجد في آخره وتعدم في أوله، مثل أن يقول لها: أنت بائن، فينوي عند قوله: أنت با، بترك النية عند قوله ئن. أو يترك النية عند قوله: أنت با، وينوي عند قوله: ئن، ففي وقوع الطلاق به وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا يقع اللفظ إذا اعتبرت فيه النية، كان وجودها عند بعضها كعدمها في جميعه، كالنية في تكبيرة الإحرام.

والوجه الثاني: أن الطلاق واقع، لأن استصحاب النية في جميع ما يعتبر فيه النية ليس بلازم، كالصلاة لا يلزم استصحاب النية في جميعها.

والأصح عندي: أن نظر في النية، فإن وجدت في أول اللفظ وقع به الطلاق، وإن عدمت في آخره كالصلاة، إذا وجدت النية في أولها جاز أن تعدم في آخرها. وإن وجدت النية في آخر اللفظ وعدمت في أوله، لم يقع له الطلاق، كالنية في آخر الصلاة. ولأن النية إذا انعقدت مع أول اللفظ، كان باقيه راجعاً إليها، وإذا خلت من أوله صار لغواً، وكان ما بقي منه مع النية ناقصاً، فخرج من كنايات الطلاق. وهذا التفصيل أشبه بنص الشافعي، لأنه قال: لم يكن طلاقاً حتى يبتدىء، ونيته الطلاق، فاعتبرها في ابتداء اللفظ، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ حُرَّةٌ يُرِيدُ بِهَا الطَّلَاقَ، وَلأَمَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ يُرِيدُ الْعِتْقَ لَزِمَهُ ذَلِكَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. أما صريح العتق فهو كناية في الطلاق إجماعاً. فإذا قال الرجل لامرأته: أنت حرة، أو أنت معتقة، يريد طلاقها، طلقت. لأن عتق الأمة إطلاق من حبس الرق، كما أن طلاق الزوجة إطلاق من حبس النكاح، فتقارب معناهما. وأما صريح الطلاق، فهو كناية عندنا في العتق.

فإذا قال لأمته: أنت طالق، أو مسرحة، أو مفارقة، يريد عتقها عتقت.

وقال أبو حنيفة: لا تعتق، ولا يكون صريح الطلاق كناية في العتق، وإن كان صريح

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

العتق كناية في الطلاق، استدلالاً بأن الطلاق يوجب التحريم، وتحريم الأمة لا يوجب عتقها، لأنه يملك من تحرم عليه بنسب أو رضاع، ولا تعتق عليه. ولا يشبه قوله لزوجته: أنت حرة فتطلق، لأن عتق الأمة تحريم، وتحريم الزوجة موجب لزوال الملك عنها، فجاز أن يكون طلاقاً لها.

قال: ولأن كل لفظ كان صريحاً في تحريم الحرائر، لم يكن كناية في عتق الإماء كالظهار. ولأن لفظ الطلاق أضعف حكماً من لفظ الحرية، لأنه مختص بإزالة الملك عن الاستمتاع، والحرية تزيل الملك عن الرق والاستمتاع، فجاز أن يكون الحرية كناية في الطلاق لقوتها، ولم يجز أن يكون الطلاق كناية في العتق لضعفه. كالبيع لما كان أقوى من الإجارة، جاز أن تنعقد الإجارة بلفظ البيع، ولم يجز أن ينعقد البيع بلفظ الإجارة.

ودليلنا: قول النبيّ ﷺ «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى»[1] فكان على عمومه. ولأن صريح ما يجري فيه النية أنه كناية في مثله، كالعتق في الطلاق. ولأن كل لفظ صح استعماله في الطلاق، صح استعماله في العتق، كقوله: لا سلطان لي عليك. ولأن ما صح وقوع الطلاق به، صح وقوع الحرية به، كقوله: أنت حرة. ولأن صريح الطلاق أقوى من كنايته، فلما وقعت الحرية بكناية الطلاق، فأولى أن تقع بصريحه. ولأنه لما كانت الحرية كناية في طلاق الحرة، وهي صفتها في حال الزوجية، فأولى أن يكون الطلاق كناية في عتق الأمة، وليس من صفتها في حال الرق.

فأما استدلاله بأن تحريم الطلاق لا ينافي بقاء الرق، فالجواب عنه: أن صريح الطلاق إنما كان كناية في العتق، لأنه يتضمن الإطلاق من حبس العتق، لا بما يتعلق به من التحريم.

وأما قياسهم على الظهار، فالظهار عندنا: كناية في العتق كالطلاق، فسقط الاستدلال به. ثم لو سلم لهم هذا الأصل، وليس بمسلم، لكان الفرق بينهما. لأن الطلاق مزيل للملك مع التحريم، فجاز أن تقع به الحرية، والظهار مختص بالتحريم من غير أن يزول به الملك، فلم تقع به الحرية.

وأما استدلالهم بأن لفظ الطلاق أضعف من لفظ العتاق لاختصاصه بإزالة الاستمتاع عن المنفعة دون الرقبة، فالجواب: أنه وإن ضعف عنه في الإماء، فهو أقوى منه في

---

(١) حديث عمر: سبق تخريجه.

الحرائر. ثم لا ينكر أن يساويه في القوة إذا انضمت إليه النية، كما تساويه كناية الطلاق التي هي أضعف من صريح الطلاق إذا انضمت إليه النية.

واستشهادهم بالبيع والإجارة، فهم لا يجوزون عقد الإجارة بلفظ البيع، كما لا يجوز عقد البيع بلفظ الإجارة، وإن جاز عندنا. والفرق بينهما: أن لفظ البيع أعم من لفظ الإجارة، فجاز أن يعقد الأخص باللفظ الأعم، ولم يجز أن يعقد الأعم باللفظ الأخص، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بَائِناً، كَانَتْ واحِدَةً يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ، لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَكَمَ فِي الوَاحِدَةِ والثِّنْتَيْنِ كَما لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ وَلاَ وَلاَءَ لِي عَلَيْكَ، كَانَ حُرًّا وَالْوَلاَءُ لَهُ. إلى آخر الفصل)[١].

قال الماوردي: وهذا الكلام يشتمل على فصلين:

أحدهما: أنه إذا طلق امرأته واحدة بائنة كانت رجعية، ولا تبين بالواحدة، وإن جعلها بائنة، كما لا يسقط ولاء العتق، وإذا شرط سقوطه في العتق.

وقال أبو حنيفة: تكون الواحدة بائنة إذا جعلها بائنة، وتسقط الرجعة فيها بإسقاطه لها. وبنى ذلك على أصله، إذا قال لها: أنت بائن يريد به الطلاق، أنها تطلق واحدة بائنة لا يملك فيها الرجعة، وقد مضى الكلام معه فيه، ثم تفسد مذهبه هاهنا من وجهين أيضاً:

أحدهما: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة بائنة، كانت طالقاً واحدة غير بائنة.

والثاني: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة لا رجعة لي فيها، كانت طالقاً واحدة له الرجعة، كذلك في الواحدة والثانية.

والفصل الثاني في الكناية، ويشتمل على فصلين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢. وتتمة المسألة: «جعل عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق كما جعل الله الرجعة لمن طلق واحدة أو اثنتين. وطلق ركانة امرأته ألبتة فأحلفه النبي ﷺ ما أراد إلا واحدة وردها عليه، وطلق المطلب بن حنطب امرأته ألبتة فقال عمر رضي الله عنه: أمسك عليك امرأتك، فإن الواحدة تبت. وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه لرجل قال لامرأته: حبلك على غاربك ما أردت؟ وقال شريح: أما الطلاق فسنة فأمضوه، وأما ألبتة فبدعة فدينوه. (قال): ويحتمل طلاق ألبتة يقيناً، ويحتمل الإبتات الذي ليس بعده شيء، ويحتمل واحدةً مبينة منه حتى يرتجعها، فلما احتملت معاني جعلت إلى قائلها».

أحدهما: أن الكناية لا يقع الطلاق بها إلا مع النية، وإن وقع بالصريح ردًّا على مالك حيث أوقع الطلاق بالكناية من غير نية، وعلى من ذهب إلى قول داود: إن الطلاق لا يقع بالصريح من غير نية، وقد مضى الكلام معهما.

والفرق بين الصريح والكناية، في اعتبار النية في الكناية، دون الصريح من وجهين:

أحدهما: أن الصريح لا يحتمل إلا معنى واحد، فحمل على موجبه من غير نية. والكناية تحمل معاني، فلم تنصرف إلى أحدهما إلا بنية. ألا ترى أن ما كان من العبادات لا تعقد إلا على وجه واحد، كأداء الأمانة، وإزالة النجاسة لم تفتقر إلى نية. وما كان محتملاً كالصوم، لم يصح أن يكون عبادة إلا بالنية.

والثاني: أن الصريح حقيقة، والثاني مجاز. والحقائق يفهم مقصودها بغير قرينة، والمجاز لا يقوم مقصوده إلا بقرينة، فلذلك افتقرت الكناية إلى نية، ولم يفتقر الصريح إلى نية.

والفصل الثاني: أن الكناية إذا وقع بها الطلاق مع النية كالبائن، والبتة، والخلية، والبريئة، كان رجيعاً إلا أن ينوي ثلاثاً. وقال أبو حنيفة: يكون بائناً، لا يملك فيه الرجعة، وقد مضى الكلام معه فيه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَتَبَ بِطَلَاقِهَا، فَلَا يَكُونُ طَلَاقاً إِلَّا بِأَنْ يَنْوِيهِ، كَمَا لَا يَكُونُ مَا خَالَفَهُ الصَّرِيحُ طَلَاقاً إِلَّا بِأَنْ يَنْوِيهِ)[1].

قال الماوردي: أما وقوع الطلاق بغير الكلام، فينقسم ثلاثة أقسام: فعل، وكناية، وإشارة.

فأما الفعل: مثل الضرب، والإخراج من المنزل، وما جرى مجراه من الإبعاد والطرد، فلا يقع به الطلاق وإن نواه.

وعند مالك: يكون طلاقاً، لأنه يوقع الطلاق بمجرد النية، فأولى أن يوقعه بالفعل مع النية. وفيما مضى من الدليل على أن الطلاق لا يقع بالنية، دليل على أنه لا يقع بالفعل، وإن اقترنت به النية.

والدليل عليه أيضاً: أن الطلاق أعظم حكماً من الإيلاء والظهار، لأنه يساويهما في

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

قصد التحريم، ويزيد عليهما في رفع العقد، فلما لم يصح الإيلاء والظهار إلا بقوله دون النية والفعل، كان الطلاق بذلك أولى.

فصل: وأما الكناية وهو أن يكتب بخط يده أنت طالق، أو قد طلقتك، أو أنت مطلقة، فقد اختلف الناس فيما حكي عن الشافعي وأحمد بن حنبل: أنها صريح في وقوع الطلاق بها، لا يفتقر إلى نية كالكلام، لأن الله تعالى قد أنذر بكتبه فقال تعالى: ﴿لِأُنْذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ﴾[1]. وقد بلغ رسول الله ﷺ الرسالة بمكاتبة من كاتبه. ولأنها تقوم في الإفهام مقام الكلام، ثم هي أعم من إفهام الحاضر والغائب من الكلام المختص بإفهام الحاضر دون الغائب. ولأن العادة جارية باستعمالها في موضع الكلام، فاقتضى أن يكون جارية في الحكم مجرى الكلام. ولأن الصحابة رضي الله عنهم قد جمعوا القرآن في المصحف خطاً، وأقاموه مقام تلفظهم به نطقاً، حتى صار ما تضمنه إجماعاً لا يجوز خلافه.

وذهب جمهور الفقهاء: إلى أن الكتابة ليست صريحاً في الكلام، ولا يجري عليها حكم الصريح من الكلام، لأن الله تعالى قد أرسل رسوله نذيراً لأمته ومبلغاً لرسالته، فقال تعالى: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيراً وَنَذِيراً﴾[2]. فلو كانت الكتابة كالكلام الصريح، لمكن الله تعالى رسوله منها، ولعلمه إياها ليكون مع تكليف الإنذار ممكناً من آلائه، وكاملاً لصفاته، ومعانىً عليه من سائر جهاته، حتى لا يناله نقص فيقصر، ولا ضعف فيعجز؛ ولكان لا يبعث رسولاً إلا أمياً لا يكتب وإن تكلم، كما لا يبعث رسولاً أخرس لا يتكلم وإن كتب. وفي مجرى هذا دليل على خروج المكاتبة من صريح الكلام. ولأنها لو قامت مقام صريح الكلام لأجزأ من كتب القرآن في الصلاة عن أن يتكلم به في الصلاة، ولاقتضى من المرتد إذا كتب الشهادتين، عن أن يتكلم بالشهادتين، وفي امتناعنا من ذلك خروج الكتابة من حكم الكلام.

ولأنه لو كانت الكتابة صريحاً كالكلام لصح بها عقد النكاح، كما يقع بها فيه الطلاق. وفي إجماعنا على أن عقد النكاح بها لا يصح، دليل على خروجهما من صريح الكلام في الطلاق.

فإذا تقرر أن ليست الكتابة صريحاً في الطلاق، فقد اختلف قول الشافعي: هل يكون كناية فيه أم لا؟ على قولين:

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ٩١.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١١٩.

أحدهما: وأشار إليه في كتاب الرجعة وقال به أبو إسحاق المروزي من أصحابنا: إنها لا تكون كناية، ولا يقع بها طلاق وإن نواه، لأنها فعل فأشبهت سائر الأفعال. ولأن كتابة اليد ترجمان اللسان ومعبر عنه، كما أن كناية الكلام ترجمان القلب ومعبر عنه، فلما لم تقم الكتابة مقام الصريح إلا بنية القلب، لم تقم الكناية مع الكلام إلا بنطق اللسان.

والقول الثاني: وهو الصحيح نص عليه هاهنا، وفي الإملاء، وقال أبو حنيفة ومالك: إن الكتابة كناية في وقوع الطلاق بها، مع النية، ولا يقع بها الطلاق إن تجردت عن النية، لأنها نقص عن الكلام لاحتمالها، وتخالف الأفعال لإفهام المخاطب بها. ولأن العرف في استعمالها أنها بدل من الكلام، تقتضي أن يتعلق عليها بعض أحكام الكلام، فصارت كالمحتمل فيه من اعتبار النية فيه:

فصل: فإذا قلنا: بالأول أن الكتابة ليست صريحاً ولا كناية، فلا يقع بها الطلاق وإن نواه من حاضر ولا غائب، وكذلك العتق.

فإن قلنا بالثاني: في أن الكتابة كناية يقع بها الطلاق إذا اقترنت بالنية، ولا يقع بها الطلاق إذا تجردت عن النية، فكذلك العتق، ويصح بها الطلاق والعتاق من الغائب، وهل يصح من الحاضر أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح من الحاضر كما يصح من الغائب، لأن كنايات الطلاق والعتاق من الحاضر والغائب سواء، فكذلك الكتابة.

والوجه الثاني: أنه لا يصح بها الطلاق والعتاق، من الحاضر والغائب لأمرين:

أحدهما: أنها من الغائب ضرورة كإشارة الأخرس، ومن الحاضر غير ضرورة كإشارة الناطق.

والثاني: أنها مستعملة في عرف الغائب، وغير مستعملة في عرف الحاضر.

فأما الظهار بالكتابة، فهو كالطلاق على قولين. وأما الإيلاء بالكتابة، فلا يصح قولاً واحداً، لأن الإيلاء يمين بالله تعالى لا ينعقد بالكناية.

وأما عقد البيع والإجابة بالكتابة، فإن قيل: إن الطلاق لا يقع بهما ولا يكون كناية فيه، فأولى أن لا ينعقد بها بيع ولا إجارة.

وإن قيل: إن الطلاق يقع بها وإنها كناية فيه، ففي عقد البيع والإجارة بهما وجهان من اختلاف أصحابنا في عقد البيع والإجارة بصريح العقد وكنايته على وجهين:

أحدهما: لا تصح بالكتابة، إذا قيل: إنه لا تصح بالكتابات.

والوجه الثاني: أنه تصح بالكتابة، إذا قيل: إنه تصح بالكنايات.

وقد حكى أبو حامد المروزي: أنه وجد نصًا عن الشافعي: أنه إذا كتب إلى رجل في بلد إني قد بعتك داري فيه بكذا صح البيع إذا قبله المكاتب إليه، وكان له الخيار ما لم يفارق مجلسه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ كَتَبَ إِذَا جَاءَكِ كِتَابِي هذا فَحَتَّى يَأْتِيهَا)[1].

قال الماوردي: وإذْ قد مضى حكم الكتابة بالطلاق إنها ليست صريحة فيه، وفي كونها كناية قولان، فلا يخلو حال من كتب بطلاق زوجته من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقترن بكتابته لفظ.

والثاني: أن يقترن بها نية.

والثالث: أن تتجرد عن لفظ ونية.

فإن قارنها لفظ وقع الطلاق، لأن اللفظ لو تجرد عن الكتابة وقع به الطلاق. فإذا انضم إلى الكتابة، فأولى أن يقع به. وإن قارنها نية الطلاق، ففي وقوع الطلاق بها قولان:

إن قيل: كناية وقع الطلاق.

وإن قيل: ليست كناية، لم يقع.

وإن تجردت الكتابة عن قول ونية لم يقع بها الطلاق، لأنه يحتمل أن يكون كتب حاكياً عن غيره، أو مجرباً لخطه، أو مرهباً لزوجته.

فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة هذه المسألة: أن يكتب إلى زوجته إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، أما مع لفظ اقترن به فكان طلاقاً قولاً واحداً، وإما مع نية اقترنت بخطه فكان طلاقاً في أصح القولين، وعليه تفرع جميع هذه المسائل. فهو طلاق معلق بصفة، وهو

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

مجيء الكتاب إليها، فإنْ لم يجئها الكتاب لم تطلق، فإن تأخر لهلاكه فقد بطلت صفة طلاقها، فهو غير منتظر سواء كان هلاكه بسبب منها أو من غيره. وإن تأخر مع بقائه، فالصفة باقية، وتعليق الطلاق بها منتظر لمجيء الكتاب إليها، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون سليماً، فالطلاق واقع سواء قرأته أو لم تقرأه، لأنه علق طلاقها بمجيئه، لا بقراءته. ولو كان كتب إذا جاءك كتاب وقرأتيه، لم تطلق لمجيئه حتى تقرأه، فإن قرأ عليها لم تطلق إن كانت تحسن القراءة، وطلقت إن كانت لا تحسنها اعتباراً بالعرف.

والقسم الثاني: أن يصل الكتاب ممحو الكتابة، فلا طلاق. لأن الكتاب هو المكتوب، وما لا كتابة فيه فهو كاغذ وليس بكتاب، سواء كان هو الماحي له، أو غيره. ولكن لو بطلت كتابته ولم تمّح نظر: فإن كان مفهوم القراءة طلقت، وإن كان غير مفهوم لم تطلق.

والقسم الثالث: أن يصل الكتاب وقد ذهب بعضه. فإن كان الذاهب منه موضع طلاقها، لم تطلق، لأن مقصوده لم يصل. وإن كان موضع طلاقها باقياً والذاهب من غيره، فقد اختلف أصحابنا في وقوع طلاقها به، على أربعة أوجه:

أحدها: لا تطلق سواء كان الذاهب منه مكتوباً أو غير مكتوب، لأن الواصل منه بعضه.

والوجه الثاني: أنها تطلق، سواء كان الذاهب مكتوباً أو غير مكتوب، لأن المقصود منه هو لفظ الطلاق واصل.

والوجه الثالث: إن كان الذاهب من المكتوب لم تطلق، لا بعض الكتاب، وإن كان الذاهب من غير المكتوب طلقت، لأن المكتوب هو جميع الكتاب.

والوجه الرابع: إن وصل أكثره طلقت، وإن وصل أقله لم تطلق، اعتباراً بالأغلب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ كَتَبَ: أَمَّا بَعْدُ فَأَنْتِ طَالِقٌ، مِنْ حِينَ كَتَبَ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا اقترن بكتابته نية الطلاق، فيقع الطلاق بالأصح من قوليه الذي تفرع عليه. لأنه كتب طلاقاً ناجزاً، ولم يعلقه بوصول الكتاب إليها، فيعمل وقوعه في الحال؛ كما لو تلفظ بطلاقها ناجزاً وخالف أن يكتب: إذا وصل إليك كتاب فأنت طالق، فلا يطلق إلا بوصوله، لأن هذا مقيد بصفة، وذاك ناجز.

فلو كان قال لها: إذا أتاك طلاقي فأنت طالق، ثم كتب إليها: إذا جاءك كتابي فأنت طالق، فجاءها الكتاب، طلقت طلقتين، إحداهما: بوصول الكتاب، والثانية: بمجيء الطلاق، لأن الصفتين موجودتين في وصوله.

وعلى مثاله أن يقول لها: إن أكلت نصف رمانة فأنت طالق، وإن وأكلت رمانة، فأنت طالق، فأكلت رمانة، فتطلق طلقتين لأنها قد أكلت نصف رمانة وأكلت رمانة. ولو قال لها: كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق وكلما أكلت رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة طلقت طلقتين، لأن فيها نصفين، فطلقت طلقتين وهي رمانة، فطلقت ثالثة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ شُهِدَ عَلَيْهِ أَنَّ هَذَا خَطُّهُ، لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى يُقِرَّ بِهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: أن تدَّعي المرأة على زوجها أنه كتب إليها بطلاقها، وتخص كتاباً بالطلاق تدعي أنه كتابه، وينكر أن يكون كتابه. فإن لم تصل المرأة الدعوى بأنه كتابه ناوياً للطلاق، لم يحلف الزوج. وإن وصلت دعواها بأنه كتب ناوياً، أحلف الزوج حينئذ على إنكاره، فإن كان منكراً للكتاب أحلف أنه ما كتبه، وإن كان منكراً للنية أحلف أنه ما نوى. وإن أحلف أنها لم تطلق منه، لم يجز، لأنه قد يكون ممن لا يعتقد وقوع الطلاق بالكتاب، ويعتقده الحاكم.

فإن شهد عليه عند إنكار الكتاب شاهدان: أنه خطه وكتابه، لم تطلق، لأن الكتابة لا يقع بها الطلاق إلا مع النية. والشهادة، وإن صحت على الكتابة، فلا تصح على النية، لأن النية تخفى والكتابة لا تخفى؛ ولذلك قال الشافعي رضي الله عنه: لم يلزمه حتى يقرَّ به، يعني: يقر بالكتاب والنية مع كتابته.

فإن قيل: فكيف تصح الشهادة على خطه؟.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

قيل: بأن رأياه يكتبه، ولا يغيب الكتاب عن أعينهما حتى يشهدا به. فإن لم يكونا رأياه يكتبه، ولكنهما عرفا خطه، لم يجز أن يشهدا به، لأن الخط قد يشتبه وإن رأياه قد كتبه وغاب الكتاب عنهما، لم يجز أن يشهدا به، لجواز أن يكون مزوراً عليه فيتشبه به، وهذه الشهادة لا تلزم الشاهدين أن يشهدا بها، ولا الحاكم أن يستدعيهما، لأنه لا يتعلق بها حكم.

فصل: فأما الإشارة بالطلاق. فإن كانت من الأخرس، قامت مقام نطقه، ووقع الطلاق بإشارته كما يقع طلاق الناطق بلفظه، إذا كانت إشارته مفهومة؛ وتكون الإشارة منه طلاقاً صريحاً. وإن كانت الإشارة من ناطق، لم يقع بها الطلاق لا صريحاً ولا كناية، لأنه قادر على الكلام الذي هو بالطلاق أخص.

فلو قال: أنت، وأشار بأصابعه الثلاث مريداً بها الطلاق، لم تطلق. لأن بقوله: أنت، بدء وليس بصريح في الطلاق ولا كناية. فالإشارة بعد البدء، لا يقع بها الطلاق، ونية الطلاق قد تجردت عن لفظ، فلم يقع بها الطلاق.

ولكن لو قال: أنت طالق كذا، وأشار بأصبع واحدة طلقت واحدة، ولو أشار بأصبعين طلقت طلقتين، ولو أشار بثلاثة أصابع طلقت ثلاثاً، وقامت إشارته مقام الثلاث مع قوله هكذا مقام نيته بالثلاث، نص عليه ابن سريج.

فلو أشار بثلاث أصابع قائمة، وبأصبعين معقودتين، فإن أراد الثلاث القائمة طلقت ثلاثاً، وإن أراد الأصبعين المعقودتين طلقت اثنتين، وإن لم تكن نية طلقت بالثلاث أصابع ثلاثاً، لأن فيها زيادة إشارة.

قال أبو العباس بن سريج: ولو قال: أنت طالق ولم يقل هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث، لم يلزمه بالإشارة عدد.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لامْرَأَتِهِ: اخْتَارِي، أَوْ أَمْرُكِ بِيَدِكِ، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا فَقَالَ: مَا أَرَدْتُ طَلَاقاً لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً إِلَّا بِأَنْ يُرِيدَهُ. وَلَوْ أَرَادَ طَلَاقاً فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي، سُئِلَتْ: فَإِنْ أَرَادَتْ طَلَاقاً فَهُوَ طَلَاقٌ، وَإِنْ لَمْ تُرِدْهُ فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢.

اعلم أن للزوج في الطلاق، ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يتولاه لنفسه مباشراً، فيقع الطلاق بمباشرته.

والحال الثانية: أن يستنيب فيه وكيلاً، فيقوم الوكيل في الطلاق الذي استنابه فيه مقام نفسه، على ما سنذكره.

والحال الثالثة: أن يفوضه إلى زوجته وهي مسألتنا، فيكون ذلك تمليكاً لها، ولا يكون توكيلاً واستنابة. وهو جائز يصح به وقوع الفرقة «لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَيَّرَ نِسَاءَهُ، فَاخْتَرْنَهُ»[1] فلولا أن لتخييرهن تأثيراً في الفرقة إن اخترنها، ما كان لتخييرهنّ معنى، وإذا كان كذلك، لم يخل حال تفويضه الطلاق إلى زوجته من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون بصريح منهما.

والثاني: بكناية منهما.

والثالث: بصريح منه وكناية منها.

والرابع: بكناية منه، وصريح منها.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون صريح منهما جميعاً، فصورته: أن يقول لها: طلّقي نفسك فتقول: قد طلّقت نفسي، فقد وقع الطلاق بطلاقها لنفسها، ولا يراعى من أصل الطلاق ووقوعه نية واحد منهما، فأما عدد الطلاق، فلهما فيه ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يذكراه.

والثانية: أن ينوياه.

والثالثة: أن يطلقاه.

فإن ذكراه، فلهما فيه حالتان:

إحداهما: أن يتفقا عليه.

والثانية: أن يختلفا فيه.

فإن اتفقا عليه، وقع العدد الذي اتفقا عليه. كأنه قال لها: طلّقي نفسك واحدة،

---

(١) حديث عائشة: أخرجه البخاري في الطلاق (٥٢٦٣) ومسلم (١٤٧٧) (٢٤) و (٢٥) و (٢٦) و (٢٧) والترمذي (١١٧٩) والنسائي ٦/ ٥٦ والدارمي ٢/ ١٦٢ والبيهقي ٧/ ٣٤٥ وأحمد ٦/ ٢٠٢.

فطلّقت نفسها واحدة، أو قال لها: طلّقي نفسك طلقتين، فطلقت نفسها طلقتين، أو قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً، فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثاً، وقع الثلاث أو ما اتفقا عليه من العدد، وإن اختلفا فيه وقع أقل العددين.

مثاله: أن يقول لها: طلّقي نفسك ثلاثاً، فتطلق نفسها واحدة، فلا تطلق إلا واحدة. ولو قال لها: طلّقي نفسك واحدة، فطلّقت نفسها ثلاثاً، لم تطلق إلا واحدة.

وقال أبو حنيفة: إن قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت نفسها واحدة، لم تطلق. وقال مالك: مثل هذا.

وأما إن نويا العدد ولم يذكراه، حملا فيه على نيّتهما. فإن اتفقا في نية العدد فنويا طلقتين أو ثلاثاً، كان على ما نويا من العدد.

وقال أبو حنيفة: لا تأثير للنية في العدد، وقد مضى الكلام معه.

فإن اختلفا في النية، كان العدد محمولاً على أقل الثنتين، كما لو أظهراه قولاً. فإن نوى الزوج ثلاثاً ونوت الزوجة واحدة، كانت واحدة. وإن لم يذكرا عدداً ولا نوياه، طلقت واحدة.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون بذله كناية وقبولها كناية، كقوله: اختاري نفسك فتقول: قد اخترت نفسي، فلا يقع الطلاق حتى ينوياه جميعاً، فإن نواه الزوج دون الزوجة، أو الزوجة دون الزوج، لم يقع.

وقال مالك: يقع وإن لم ينوياه ولا واحد منهما، بناء على أصله في أن الكناية الظاهرة لا تفتقر إلى نية.

وقال أبو حنيفة: إذا نواه الزوج وحده وقع الطلاق، وإن لم تنوه الزوجة. استدلالاً بما روي: أن الصحابة سئلوا عمّن خير زوجته، فقال عمر: إن اختارت نفسها فواحدة، ولها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا طلاق[1]. وتابعه ابن مسعود، وابن عباس[2].

---

(١) الأثر عن عمر: أخرجه سعيد بن منصور (١٦١٣) و (١٦١٤) و (١٦٣٩) والبيهقي ٧/ ٣٤٧.

(٢) الأثر عن ابن مسعود وابن عباس: أخرجه سعيد بن منصور (١٦٤٨) (١٦٤٩) والبيهقي ٧/ ٣٤٥.

وقال علي بن أبي طالب عليه السلام: إن اختارت نفسها فهي واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها فواحدة وهو أحق بها[١].

وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها طلقت ثلاثاً، وإن اختارت زوجها فواحدة بائنة[٢].

فأوقع جميعهم الطلاق عليها باختيارها نفسها، ولم يعتبروا النية، فصاروا مجمعين على أن النية غير معتبرة من جهتها.

قال: ولأن تعليق الطلاق عليها لا يوجب اعتبار نيتها فيه، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت بدخول الدار، وإن لم ينوه كذلك في الاختيار.

ودليلنا هو: أنه لما كان تخيير الزوج لها كناية يرجع فيه إلى نية، لاحتماله أن يكون أراد اختاري نفسك للنكاح أو الطلاق، فوجب أن يكون اختيارها لنفسها كناية ترجع فيه إلى نيتها، لاحتماله أن يكون اخترت نفسي لنكاحك أو طلاقك. ألا تراها لو قالت: قد اخترت نفسي لنكاحك، لم تطلق، كذلك إذا أطلقت؟.

فأما استدلاله بإجماع الصحابة، فلا دليل فيه، لأنهم لم يعتبروا نية الزوج وهي معتبرة عندنا وعنده، فكذلك إذا لم يعتبروا نية الزوج، ويكون ذلك منهم لعلمهم بوجود النية منهما.

وأما استدلاله بدخول الدار، فحسبنا به دليلاً. لأنه لما كان إذا علق طلاقها صح بدخول الدار لم تطلق، لا بوجود الدخول منها. كذلك إذا خيرها في طلاق نفسها، لم تطلق حتى تختار طلاق نفسها.

فإذا تقرر أن النية معتبرة منهما، وأن الطلاق لا يقع إلا بنيّتهما، فلها ثلاثة أحوال:

إحداها: أن تختار نفسها.

والثانية: أن تختار زوجها.

والثالثة: أن لا يكون لها اختيار.

---

(١) الأثر عن علي: أخرجه سعيد بن منصور: (١٦٥٠) والبيهقي ٧/ ٣٤٦.

(٢) الأثر عن زيد بن ثابت: أخرجه سعيد بن منصور: (١٦٢١) و (١٦٥١) و (١٦٥٢) و (١٦٦٢) والبيهقي ٧/ ٣٤٥ وعبد الرزاق (١١٩١٧).

فإن اختارت نفسها، طلقت واحدة رجعية، وإن اختارت زوجها أو لم يكن لها اختيار لم تطلق، وبه قال من الصحابة: عمر، وابن مسعود، وابن عباس.

وقال أبو حنيفة: إن اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها لم تطلق.

وقال ربيعة: إن اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها طلقت واحدة رجعية، وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب.

وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها طلقت ثلاثاً، وإن اختارت زوجها طلقت واحدة بائنة.

والدليل على أن اختيارها لزوجها لا يكون طلاقاً، ما رواه الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة رضي الله عنها قالت: «لَمَّا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِتَخْيِيرِ نِسَائِهِ بَدَأَ بِي، فَقَالَ: إِنِّي ذَاكِرٌ لَكِ أَمْراً فَلَا تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ، ثُمَّ تلا هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾[1] الآية. فقلت: فِي أَيِّ هَذَيْنِ أَسْتَأْمِرُ أَبَوَيَّ؟ فَإِنِّي أُرِيدُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ، قَالَتْ: ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَ مَا فَعَلْتُ، وَلَمْ يَكُنْ حِينَ قَالَ لَهُنَّ رَسُولُ اللَّهِ، فَاخْتَرْتُهُ طَلَاقاً مِنْ أَجْلِ أَنَّهُنَّ اخْتَرْنَهُ»[2].

ومن الدليل عليه أيضاً: أن اختيارها لزوجها ضد اختيارها لنفسها، فلما طلقت باختيارها نفسها، وجب أن لا تطلق باختيار زوجها، لأن اختلاف الضدين يوجب اختلاف الحكمين.

والدليل على أنها تكون واحدة رجعية، ولا تكون ثلاثاً ولا واحدة بائنة، ما قدمنا في حكم الطلاق إذا وقع بالكناية.

وهكذا لو قال لها: أمرك بيدك، فقالت: قد اخترت نفسي. أو قال لها: أبيني نفسك، فقالت: قد أبنت نفسي.

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٢٨.

(٢) حديث عائشة: أخرجه البخاري في المظالم (٢٤٦٨) والتفسير (٤٩١٣) و (٤٩١٥) و (٤٩١٦) ومسلم في الطلاق (١٤٧٥) (٢٢) و (١٤٧٩) (٣٤) و (٣٥) والترمذي (٣٣١٨) والبيهقي ٧/ ٣٧ ـ ٣٨ وأحمد ٦/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

وهكذا لو اختلفت الكناية منهما، فقال لها: حرّمي نفسك فقالت: قد اخترت نفسي، أو قال لها: اختاري نفسك، فقالت قد حرمت نفسي، لم يقع الطلاق حتى ينوياه جميعاً.

فصل: فإن قال لها: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت أبي وأمي، لم يقع به الطلاق، وإن نوته، لأنه ليس بصريح ولا كناية، إذ ليس اختيارها لأبيها موجباً لفراق زوجها.

ولو قالت: قد اخترت الأزواج، ففي وقوع الطلاق به إذا نوته وجهان:

أحدهما: يقع به الطلاق، لأنها لا تحل للأزواج مع بقائها على نكاحه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: لا يقع به الطلاق لعلتين.

إحداهما: أنه من الأزواج.

والثانية: أن اختيارها لنفسها لا تكون ذات زوج.

فعلى هذا لو قالت: قد اخترت زيداً ناوية للطلاق، طلّقت على التعليل الأول، ولم تطلق على التعليل الثاني.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون بذله صريحاً وقبولها كناية. فصورته: أن يقول لها: طلّقي نفسك، أو قد جعلت بيدك طلاق نفسك. فتقول: قد اخترت نفسي، أو قد أبنت نفسي، فتعتبر نية الزوجة ولا تعتبر نية الزوج؛ لأن صريح الزوج لا يفتقر إلى نية، وكناية الزوجة تفتقر إلى النية.

فإذا قالت ذلك ناوية للطلاق طلقت، على قول جمهور أصحابنا. وقال منهم أبو عبيد بن حربوية، وأبو علي بن خيران: لا تطلق، لأن قبول الصريح يكون صريحاً للنكاح. وهذا فاسد، لأن الكناية مع النية تقوم مقام الصريح بغير نية، وجرى اختلاف الصريح والكناية مجرى اختلاف الصريحين، واختلاف الكنايتين. وإذا كان كذلك، وسئلت الزوجة عن نيتها، فقالت: ما أردت الطلاق، لم تطلق. فإن أكذبها الزوج، طلقت بإقراره أنها قد نوت.

وإن قالت: أردت الطلاق، طلقت. فإن أكذبها الزوج، كان القول قولها مع يمينها، لأن النية باطنة لا تعرف إلا من جهتها.

وقال أبو سعيد الإصطخري: القول قول الزوج مع يمينه، ولا يصدق قولها في وقوع

الطلاق عليه كما لو ادعته، وكما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فقالت: قد دخلت.

وهذا خطأ، لأن تعليق الطلاق بما يعتبر فيه نيتها أخفى من تعليقه بحيضها، فلما كان لو قال لها: إذا حضت فأنت طالق، فقالت: قد حضت، قبل فيه قولها وإن أكذبها، فأولى أن يقبل قولها فيما تعلق من نيتها؛ لأن إقامة النية على نيّتها أشد تعذراً من إقامتها على حيضها، لاستحالة تلك وإمكان هذه. وخالف قوله لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فتدعي دخولها، فلا يقبل قولها، لأنه يمكنه إقامة البينة على دخولها.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن يكون بذله كناية وقبولها صريحاً، فصورته: أن يقول لها: اختاري نفسك، أو أمرك بيدك، فتقول: قد طلّقت نفسي، فتعتبر نية الزوج ولا تعتبر نية الزوجة، لأن كناية الزوج تفتقر إلى النية، وصريح الزوجة لا يفتقر إلى النية.

فإن قالت: أردت الطلاق، طلقت. وإن قال: لم أرده، لم تطلق. وإن جن أو مات قبل أن تعلم إرادته، لا تطلق وكان لها ميراثها منه، لأن إرادته مجوزة، والطلاق لا يقع بالشك.

فلو قال لها: أمرك بيدك، فأراد به طلاقها في الحال ولم يجعله بذلاً يقف على قبولها. قال الشافعي في كتاب «الإملاء»: لم تطلق، لأن هذا القول منه إذا اقترن بالإضافة إليها صار صريحاً في جعل الطلاق إليها، وتعليقه بقبولها، فلم يقع إلا به. ويحتمل أن يقع به الطلاق، لأنه من كناياته الجاري مجرى قوله: قد ملكتك نفسك، وتزوجي من شئت، فيقع به الطلاق إذا نواه.

ولكن لو قال لها: طلّقي نفسك، وأراد به وقوع الطلاق عليها من غير أن يقفه على قبولها وتطليقها لنفسها، لم تطلق إلا أن تطلق نفسها، لأنه لا يحتمل غيره.

فصل: ولو قال لها: إن أحببت فراقي، فأمرك بيدك، لم تطلق إذا طلقت نفسها حتى تقول قبل الطلاق: قد أحببت فراقك، ثم تطلق نفسها، فتطلق حينئذ؛ لأنه مقيد بهذا الشرط.

ولو قال لها: إذا مضت سنة فأمرك بيدك، أو قال لها: إذا قدم زيد فأمرك بيدك، لم يجز لأنه تمليك مؤجل، وبذل منتظر. فإن طلقت نفسها بعد مضي السنة، أو بعد قدوم

زيد، لم تطلق لبطلان التمليك، وفساد البذل. ولكن لو قال: أمرك بيدك تطلقين نفسك بعد سنة، أو إذا قدم زيد، ففيه قولان:

أحدهما: نص عليه في «الإملاء» وهو قول أبي حنيفة واختيار المزني: أنه جاز تغليباً لحكم الطلاق بالصفة، ولها إذا مضت السنة أو قدم زيد أن تعجل طلاقها، فإن أخرته لم تطلق.

والقول الثاني: نص عليه في الجديد، وهو الأصح: لا يجوز تغليباً لحكم التمليك الذي لا يجوز أن يعلق لأجل منتظر، ولا بصفة متوقعة. فإن طلقت نفسها عند مضي السنة، وقدوم زيد، لم تطلق لبطلان التمليك، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَا أَعْلَمُ خِلَافاً أَنَّهَا إِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا مِنَ الْمَجْلِس وَتحدثَ قَطْعاً لِذَلِكَ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عَلَيْهَا، فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِهَذَا الْمَوْضِعِ: إِجْمَاعٌ)[1].

قال الماوردي: إذا جعل إليها طلاق نفسها، فهو تمليك يراعى فيه تعجيل القبول. والقبول: أن تطلق نفسها، فتملك بتعجيل الطلاق ما ملكها.

وإذا كان كذلك، فقد قال الشافعي ها هنا: إن طلقت نفسها قبل أن يتفرقا من المجلس، أو يحدث قطعاً لذلك، وقع الطلاق عليها. فجعل وقوع الطلاق عليها مقيداً بشرطين:

أحدهما: أن يكون قبل افتراقهما عن مجلسهما.

والثاني: أن يكون قبل أن يحدثا ما يقطع ذلك من قول أو فعل.

فلم يختلف أصحابنا أنها متى طلقت نفسها بعد افتراقهما عن المجلس، لم تطلق، ومتى طلقت نفسها في المجلس بعد أن حدث تشاغل بغيره من كلام أو فعال، لم تطلق.

واختلف أصحابنا هل يكون خيارها ممتداً في جميع المجلس، أو يكون على الفور؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا، وفي «الإملاء»: إنه ممتد في جميع المجلس. فمتى طلقت نفسها فيه طلقت، وإن تراخى الزمان.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٢ ـ ١٩٣.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي والمحققين من أصحابنا: إنه على الفور في المجلس، لأنه قبول تمليك، فأشبه القبول في تمليك البيع والهبة. وإطلاق الشافعي من محمول على هذا الشرط، لأن أصوله مقررة عليه. ولأنه ذكر الإجماع فيه: أنها إذا طلقت نفسها على هذه الصفة، كان إجماعاً، ولا يكون إلا أن يتعجل على الفور من غير مهلة.

وقال مالك في إحدى روايتيه: لها أن تطلق إلى شهر، وفي الرواية الثانية: ما لم تمكنه من وطئها. وكلا القولين، مردود ومدفوع بما ذكرنا من التعليل.

فصل: وإذا ملكها طلاق نفسها، ثم رجع في التمليك قبل أن تطلق نفسها، صح رجوعه وبطل تمليكه. فإن طلقت نفسها، لم تطلق.

وقال أبو حنيفة، ومالك، وأبو علي بن خيران من أصحابنا: ليس له الرجوع، وإذا طلقت نفسها بعد رجوعه طلقت، استدلالاً بأنه طلاق معلق بصفة، فلم يملك الزوج الرجوع فيه، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإنه لا يملك إبطال هذه الصفة، وتطلق متى دخلت الدار.

ودليلنا: هو أنه تمليك للطلاق لوقوفه على قبولها، وللمالك بعد بذله أن يرجع فيه قبل قبوله منه، كما يرجع في بذل الهبة والبيع قبل قبولهما منه. وخالف تعليق طلاقها بدخول الدار، لأنه لا يقف على قبولها، وليس لها إبطال ذلك على نفسها، فلم يكن له إبطال ذلك عليها، وليس كالتمليك الذي لها أن تبطله على نفسها، فكان له إبطاله عليها. وإذا صح رجوعه كما ذكرنا، فمتى طلقت نفسها قبل علمها برجوعه، كان في وقوع طلاقها وجهان، من الوكيل في القصاص إذا لم يعلم بالرجوع حتى اقتص. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ: وَإِنْ مَلَكَ أَمْرَهَا غَيْرُهَا، فَهَذِهِ وِكَالَةٌ مَتَى أَوْقَعَ الطَّلَاقَ وَقَعَ وَمَتَى شَاءَ الزَّوْجُ رَجَعَ)**[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. والوكالة في الطلاق جائزة، لأن فاطمة بنت قيس طلقها وكيل زوجها بمشهد رسول الله ﷺ، فأمضاه. ولأنه لما جازت الوكالة في النكاح مع تغليظ حكمه، كان جوازها في الطلاق أولى.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

فإذا وكل رجلاً عاقلاً جاز، سواء كان حراً أو عبداً، مسلماً أو كافراً، ولا يجوز أن يوكل مجنوناً ولا صغيراً، لأنه لا حكم لقولهما. وفي جواز توكيله لامرأة وجهان مضيا في الخلع، ثم الوكالة على ضربين:

أحدهما: أن تكون مطلقة، وهو أن يقول: قد وكلتك في طلاق زوجتي فلانة، فله أن يطلقها على الفور والتراخي، بخلاف ما لو ملكها الطلاق لنفسها، لأن هذه نيابة وذاك تمليك. فإن ذكر له من الطلاق عدداً لم يتجاوزه، فلو قال له: طلقها ثلاثاً، فقال لها: أنت طالق ثلاثاً، طلقت ثلاثاً. ولو قال لها: أنت طالق ونوى أن يكون ثلاثاً، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق ثلاثاً، لأن نية الثلاث تقوم مقام التلفظ بالثلاث.

والوجه الثاني: لا تطلق ثلاثاً، ولا تقوم نيته مقام نية الزوج. لأن الزوج مدينٌ في الطلاق، معمول على نيته فيه، والوكيل غير مدين في الطلاق، فلم يعمل على نيته فيه.

وهكذا لو طلقها الوكيل بالكناية مع النية، كان على هذين الوجهين، فلو وكله أن يطلقها ثلاثاً، فطلقها واحدة، ففي وقوعها وجهان:

أحدهما: يقع، لأنه بعض ما وكل فيه.

والوجه الثاني: لا يقع، لأنه وكل في طلاق بائن، وهذا الطلاق غير بائن، فصار غير ما وكل فيه.

فلو وكله أن يطلقها واحدة، لم تقع الثلاث، وفي وقوع الواحدة وجهان، لو وكله في طلاق واحدة من نسائه ولم يعينها له ففيه وجهان:

أحدهما: أن أيتهن طلقها صح، لأن وقوع الطلاق المبهم جائز، فكان التوكيل فيه جائزاً.

والوجه الثاني: أنه يجوز أن يطلق واحدة قبل أن يعينها الزوج. فإن طلق واحدة منهن قبل تعيينها لم تطلق، لأن إبهام الطلاق من جهة الزوج يجوز، لأنه موقوف على خياره في التعيين، ومن جهة الوكيل لا يجوز، لأنه غير موقوف على خياره في التعيين.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون الوكالة مقيدة. وهو أن يوكله في طلاقها على صفة، وهو أن يأمره أن يطلقها في يوم الخميس، فلا يجوز أن يطلقها إلا فيه. فإن طلقها في غيره،

لم تطلق. أو يأمره أن يطلقها للسُّنَّة، فإن طلقها للبدعة لم تطلق. أو يأمره أن يطلقها للبدعة، فإن طلقها للسنة لم تطلق.

فلو قال له: طلقها إن شئت، لم يقع طلاقه حتى يقول: قد شئت، ولا يكون إيقاعه للطلاق مشيئة منه، لأنه قد يوقع الطلاق بمشيئة وغير مشيئة. والمشيئة لا تعلم إلا بالقول، وليس من شرط مشيئته الفور، بخلاف ما لو علق الطلاق بمشيئتها، لأن تعليقه للطلاق بمشيئتها تمليك، فروعي فيه الفور. وتعليقه للطلاق بمشيئته صفة، فلم يراع فيها الفور. ولأنه جعل إليها طلاقها إذا شاء، فلما جاز أن يطلقها على الفور والتراخي، جاز أن تكون مشيئته مع الطلاق المتراخي. لكن من صحة مشيئته، أن يخبر بها الزوج قبل طلاقه، فإن أخبر بها غيره ثم طلق، لم يقع لأنه إذا كان إخباره بها شرطاً، وكان إخبار الزوج بها أحق، وأولى أن يكون شرطاً.

فلو قال له: طلقها إن شاءت، روعيت مشيئتها عند عرض الوكيل الطلاق عليها. فإنه لا يجوز أن يطلقها إلا بعد عرض الطلاق عليها، وسؤالها عن مشيئتها، فتصير حينئذ مشيئتها معتبرة على الفور. فإن عجلها، وقع الطلاق، وإذا أوقعه الوكيل بعدها، سواء أوقعه على الفور أو على التراخي، فإن تراخت مشيئتها لم يقع الطلاق بعدها، لفساد المشيئة.

فصل: وليس للوكيل في الطلاق أن يوكل غيره فيه. فإن وكل وكيلين في طلاق زوجة واحدة، وجعل إلى كل واحد منهما أن يطلقها، فأيهما سبق بطلاقها ثلاثاً بطلت وكالة الآخر. ولو جعل إلى كل واحد منهما أن يطلقها واحدة، فإذا سبق أحدهما فطلقها واحدة لم تبطل وكالة الآخر، وجاز له أن يطلقها أخرى.

والفرق بينهما: ما صح. وهكذا لو وكل واحداً في طلاقها ثلاثاً، ثم بادر الزوج فطلقها ثلاثاً، بطلت الوكالة.

ولو طلقها الزوج واحدة، كانت الوكالة بحالها في الطلقتين الباقيتين. وإن طلقها الوكيل ثلاثاً، وقع منهما طلقتان، لأنهما الباقيتان من طلاق الزوج، بعد الواحدة التي أوقعها. ولو وكله في طلاقها واحدة ثم طلقها الزوج واحدة، لم تبطل الوكالة ما لم تنقض العدة.

فإن طلقها الوكيل واحدة في العدة، طلقت سواء راجعها الزوج من طلقته، أو لم

يراجع. فلو انقضت عدتها من طلقة الزوج، ثم استأنف نكاحها، ففي بقاء الوكالة وجواز طلاق الوكيل لها وجهان:

أحدهما: الوكالة باقية، وطلاق الوكيل لها واقع.

والوجه الثاني: أن الوكالة قد بطلت، وطلاقه غير واقع. وهذان الوجهان من اختلاف قوليه في عقد الطلاق في نكاح: هل يجوز أن يقع في غيره، أم لا.

فصل: فإذا رجع الزوج عن الوكالة، أو جن، أو مات، لم يكن له أن يطلق، فإن طلق، لم يقع. فلو لم يعلم الوكيل بجنون موكله أو موته، فطلق، لم يقع طلاقه، لأن الطلاق لا يصح أن يقع عن زوج ميت، أو مجنون. ولو لم يعلم الوكيل برجوع الزوج حتى طلق، كان في وقوع طلاقه قولان من اختلاف قوليه في الموكل في القصاص، إذا اقتص قبل العلم بالعفو.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ جَعَلَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثاً فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً، كان لَهَا ذَلِكَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت نفسها واحدة، طلقت واحدة.

وقال مالك: لا تطلق استدلالاً بأن قبولها بعض ما ملكها موجب لفساد القبول وبطلان التمليك كما لو باعها عبدين بمائة فقبلت أحدهما، لم يصح.

ودليلنا: هو أن من ملك إيقاع الطلاق الثلاث ملك إيقاع الطلقة الواحدة، كالزوج.

وأما استدلاله بتبعيض القبول في البيع، فإنما لم يصح، لأن البذل إنما كان في مقابلة ثمن لم يحصل له بالتبعيض، فلذلك لم يصح قبول البعض، ولولا الثمن لصح. ألا ترى لو وهب لها عبدين، فقبلت إحداهما صح؟ فكذلك الطلاق.

فصل: فإذا جعل إليها أن تطلق نفسها واحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً، طلقت واحدة.

وقال أبو حنيفة: لا تطلق، لأن ما عدلت إليه غير مأذون فيه، فلم يجز.

ودليلنا هو: أنه إذا اجتمع في طلاقها مأذون فيه وغير مأذون فيه، لم يمنع غير

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

المأذون فيه من وقوع المأذون فيه، كما لو جعل إليها طلاق نفسها، فطلقت نفسها وضرائرها. وادعى فيه أن الواحدة لا تتميز عن الثلاث غير صحيح، لأن المأذون فيه متميز عن غير المأذون فيه، وربما حكى هذا القول عن أبي حنيفة، والأول عن مالك. وربما حكي هذا القول عن أبي حنيفة، والأول عن مالك.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَقَالَ فِيهِ: وسَوَاءٌ قَالَتْ طَلَّقْتُكَ أَوْ طَلَّقْتُ نَفْسِي، إِذَا أَرَادَتْ طَلَاقاً)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا جعل إليها طلاق نفسها، فإن قالت: قد طلقت نفسي، طلقت، وكان هذا صريحاً لا يفتقر إلى نيتها. وإن قالت: قد طلقتك، كانت كناية يقع به الطلاق إذا نوته.

وقال أبو حنيفة: لا يقع به الطلاق وإن نوته. وقد مضى الكلام في هذه المسألة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ طَلَّقَ بِلِسَانِهِ وَاسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ، لَزِمَهُ الطَّلَاقُ، وَلَمْ يَكُنْ الِاسْتِثْنَاءُ إِلَّا بِلِسَانِهِ)[2].

قال الماوردي: اعلم أن الاستثناء في الطلاق على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يصح مضمراً ومظهراً.

والثاني: ما لا يصح مضمراً، ولا مظهراً.

والثالث: ما يصح مظهراً، ولا يصح مضمراً.

فأما ما يصح إظهاره وإضماره، فهو: ما جاز أن يكون صفة للطلاق، أو أمكن أن يكون حالاً للمطلقة. فالذي يجوز أن يكون صفة للطلاق مثل قوله: أنت طالق من وثاق، أو مسرحة إلى أهلك، أو مفارقة إلى المسجد، فإن أظهره بلفظه صح وحمل عليه في الظاهر والباطن، ولم يلزمه الطلاق، لأنه وصفه بما يجوز أن يكون من صفاته في غير الطلاق، فلذلك لم يقع به الطلاق.

وإن لم يظهره في لفظه وأضمره في نيته، صح إضماره، ودين فيه، ولم يلزمه الطلاق في الباطن، اعتباراً بالمضمر، ولزمه الطلاق في الظاهر، اعتباراً بالمظهر.

وأما الذي يمكن أن يكون حالاً للمطلقة فمثل قوله: أنت طالق إلى رأس الشهر، ولو

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٣.

دخلت الدار، أو إن كلمت زيداً، فإن أظهر ذلك بلفظه عمل عليه في الظاهر، ولم يقع عليها الطلاق إلا على الحال التي شرطها. وإن أضمره بقلبه، ولم يظهره بلفظه دين فيه، وفي الباطن، فلم يلزمه الطلاق إلا بذلك الشرط، اعتباراً بإضماره، ولزمه الطلاق في ظاهر الحكم اعتباراً بإظهاره، فهذا ضرب.

فصل: وأما ما لا يصح إضماره ولا إظهاره، فهو: ما كان فيه إبطال ما أوقع، ونفي ما أثبت. كقوله: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، أو أنت طالق إلا أنت، فالطلاق واقع، والاستثناء باطل في إظهاره باللفظ وإضماره بالقلب. لأن وقوع الطلاق يمنع من رفعه، لا سيما مع قول النبيّ ﷺ «ثَلاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ النِّكَاحُ والطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ»[١].

والفرق بين هذا حيث بطل، وبين الضرب الأول حيث صح: أن ذاك صفة محتملة وحال ممكنة، يبقى معها اللفظ على احتمال مجوز، وهذا رجوع لا يحتمل ولا يجوز. وإذا بطل هذا الاستثناء بما عللنا، وقع الطلاق ظاهراً وباطناً.

فصل: **وأما الضرب الثالث:** وهو ما يصح إظهاره ولا يصح إضماره، فهو: الاستثناء من العدد، أو الشرط الواقع بحكم الطلاق. فالاستثناء في العدد، أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين. والشرط الرافع لحكم الطلاق، أن يقول: أنت طالق إن شاء الله. فإن أظهره في لفظه متصلاً بكلامه صح، وكان محمولاً عليه في الظاهر والباطن، فلا يلزمه الطلاق إذا قال: إن شاء الله، ويقع عليها طلقة واحدة، إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، فأوله موقوف على آخره، وهو كلام لا ينقض بعضه بعضاً، فصح.

ولو لم يتلفظ بهذا الاستثناء بلسانه، وأضمره بقلبه، ونوى بقوله: أنت طالق، أن يكون معلقاً بمشيئة الله، أو قال: أنت طالق ثلاثاً ونوى إلا اثنتين، لم يصح ما أضمره من الاستثناء بمشيئة الله، ومن العدد، ووقع الطلاق ثلاثاً في الظاهر والباطن. وإنما كان صحيحاً مع الإظهار، وباطلاً مع الإضمار، لأن حكم اللفظ أقوى من النية. لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ من غير نية، ولا يقع لمجرد النية من غير لفظ، فإذا تعارضت النية واللفظ، يغلب حكم اللفظ لقوته على حكم النية لضعفه، فوقع الطلاق وبطل الاستثناء.

فلو قال، وله أربع نسوة: أنتن طوالق، واستثنى واحدة منهن فعزلها من الطلاق،

---

(١) حديث أبي هريرة: سبق تخريجه في أول الطلاق.

صح استثناؤه من طلاقهن، مظهراً ومضمراً، فلا يقع طلاقها إن استثناها ظاهراً بلفظه، لا في الظاهر، ولا في الباطن. ولا يقع طلاقها إن استثناها باطناً بنيته في الباطن، وإن كان واقعاً في الظاهر.

ولكن لو قال للأربع: أنتن يا أربع طوالق، وأراد إلا واحدة، فإن استثناها بلفظه صح، وإن عزلها بنيته لم يصح، كالاستثناء من العدد، لأنه قد صرح بذكر الأربع ولم يصرح بذكرهن فيما تقدم.

فلو قال لزوجته: أنت طالق وأراد بقلبه الإشارة بالطلاق إلى أصبعه دون زوجته لم يقبل منه في ظاهر الحكم، واختلف أصحابنا: هل يدين في باطن الحكم فيما بينه وبين الله تعالى أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يدين فيه، لاحتماله.

والثاني: وهو أصح. لا يدين فيه، ويلزمه الطلاق في الظاهر والباطن جميعاً لأمرين:

أحدهما: أن الأصبع لا يتوجه إليها طلاق انفصال، ولا طلاق تحريم.

والثاني: أنه أوقع طلاقاً على أن لا يكون طلاقاً، فصار كقوله: أنت طالق إلا أنت، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، يُرِيدُ تَحْرِيمَهَا بِلَا طَلَاقٍ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَرَّمَ جَارِيَتَهُ فَأَمَرَ بِكَفَّارَةِ يَمِينٍ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لأَنَّهُمَا تَحْرِيمُ فَرْجَيْنِ حِلَّيْنِ بِمَا لَمْ يَحْرُمَا بِهِ)**[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قال الرجل لزوجته: أنت عليَّ حرام. فإن أراد به الطلاق، كان طلاقاً يقع من عدده ما نواه، من واحدة أو اثنتين أو ثلاث. وإن لم ينوِ عدداً، كانت واحدة رجعية. وإن أراد به الظهار، كان ظهاراً. وإن أراد به الإيلاء، لم يكن إيلاءً، لأن الإيلاء يمين لا ينعقد بالكناية. وإن أراد به تحريم وطئها، لم يحرم، ولزمه كفارة يمين.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

وإن لم يكن له إرادة، لم يتعلق به طلاق ولا ظهار ولا تحريم، وهل تجب به كفارة يمين أم لا؟ على قولين ذكرهما في «الإملاء».

ولو قال لأمته: أنت عليَّ حرام، فإن أراد به عتقها، عتقت. وإن أراد تحريم وطئها، لم تحرم، وكفر كفارة يمين. وإن لم يكن أراد لزمته كفارة يمين قولاً واحداً.

ومن أصحابنا من قال: على قولين كالحرة، ومنهم من خرج الحرة والأمة في وجوب الكفارة عند فقد الإرادة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: تجب في الحرة والأمة.

والثاني: لا تجب في الحرة ولا في الأمة.

والثالث: تجب في الأمة، ولا تجب في الحرة، لأن التحريم في الأمة أصل، وفي الحرة فرع، ولا ينعقد به في الأحوال كلها يمين، هذا مذهبنا.

وقد اختلف الصحابة ثم التابعون رضي الله عنهم في لفظ التحريم الذي يوجب إذا فقدت فيه الإرادة، على ثمانية أقاويل:

أحدها: ما حكي عن أبي بكر رضي الله عنه: أنها يمين بها إذا حنث كفارة يمين، وبه قالت: عائشة، والأوزاعي.

والثاني: ماحكي عن عمر رضي الله عنه: أنها طلقة رجعية، وبه قال الزهري.

والثالث: ما حكي عن عثمان رضي الله عنه: أنه يكون ظهاراً تجب به كفارة الظهار، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس، وبه قال: سعيد بن جبير، وأحمد بن حنبل.

والرابع: ما روي عن علي رضي الله عنه: أنه يكون طلاقاً لا تحل منه إلا بعد زوج، وبه قال: زيد بن ثابت، وأبو هريرة، وابن أبي ليلى، ومالك.

والخامس: ما حكي عن ابن مسعود، وابن عمر: أنه تجب به كفارة يمين، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس، وأحد قولي الشافعي، وبه قال إسحاق بن راهويه.

والسادس: ما حكي عن أبي سلمة بن عبدالرحمن، ومسروق: أنه لا شيء فيه.

قال أبو سلمة: ما أبالي حرمتها، أو حرمت ماء البئر.

وقال مسروق: ما أبالي حرمتها، أو حرمت قصعة تريده، وبه قال الشعبي، وهو أحد قولي الشافعي.

والسابع: ما حكي عن النخعي: أنها طلقة بائن، وبه قال: الحكم بن عيينة، وحماد بن أبي سليمان، وسفيان الثوري.

والثامن: ما حكي عن أبي حنيفة: أنه يكون إيلاء، يؤجل فيه أربعة أشهر، فإن وطىء فعليه كفارة يمين، وإن لم يطأ حتى مضت أربعة أشهر طلقت طلقة بائنة، فيصير قوله موافقاً لقول أبي بكر رضي الله عنه: أنها يمين، ثم يزيد عليه بما يعلق عليها من حكم الإيلاء، ويقول: إنه لو حرم طعامه أو ماله على نفسه كان يميناً يلزمه بها كفارة يمين، ولا يلزمه عند الشافعي، بتحريم طعامه وماله كفارة.

واستدل أبو حنيفة على أن التحريم يمين يوجب ما ذكره من الإيلاء والكفارة بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ، تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ، قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾(١). فكان استدلالاً بذلك من وجهين:

أحدهما: أن الذي حرمه على نفسه مختلف فيه، فحكى عروة وابن أبي مليكة: أنه حرم العسل على نفسه لأنه كان يشربه عند بعض نسائه، فقالت الباقيات: نجد منك ريح المعافير، والمعافير صمغ العرفط، لأن من النحل ما يكون يرعاه فيظهر فيه ريحه، وكان يكره ريحه، فحرمه على نفسه، ثم كفَّر.

وحكى الحسن، وقتادة: أنه حرم مارية على نفسه، لأنه كان خلا بها في منزل حفصة، فغارت، فحرّمها ثم كفَّر. فدل على وجوب الكفارة في الإماء والطعام، وكفارة اليمين تجب في الإماء.

والثاني: أن الله تعالىَ قال: ﴿قَدْ فَرَضَ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾(٢) فدلّ بهذا النص على أن التحريم على يمين، وبما روى ابن عباس عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنهما، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْحَرَامُ يَمِينٌ تُكَفِّرُ»(٣) وهذا نص. ولأن ما أوجب كفارة اليمين في الزوجة والأمة، كانت يميناً توجب الكفارة في الطعام والمال، كالحلف بالله تعالى.

---

(١) سورة التحريم، الآيتان: ١ و ٢.

(٢) سورة التحريم، الآية: ٢.

(٣) حديث ابن عباس، عن عمر: أخرجه البخاري في التفسير (٤٩١١) عن ابن عباس قال: في الحرام يمين=

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ، تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ﴾[1] فأنكر الله تعالى، على نبيّه ﷺ، ما أحله له، فدل على أن التحريم لم يقع، فبطل به قول من جعله طلاقاً وظهاراً.

وقوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾[2] دليل على أنه حرم ما أحل الله له بيمين حلف بها، فعوتب في التحريم، وأمر بالكفارة في اليمين، ولم يكن التحريم يميناً، لأن اليمين إنما يكون خبراً عن ماض ووعداً بمستقبل، فلم يجز أن يكون يميناً.

ويدل على ما قلناه ما روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «آلى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ نِسَائِه شَهْراً، وَحَرَّمَ جَارِيَتَهُ يَوْماً بِيَمِينٍ، وَكَفَّرَ عَنْ تَحْرِيمِهِ». فبطل بهذا، أن يكون التحريم يميناً، أو يصير مؤلياً، وأخبرت أنه كفر عن تحريم الجارية دون العسل.

ويدل عليه من طريق الاعتبار: أن كل لفظ عربي عن اسم لله تعالى وصفته لم تنعقد به اليمين، قياساً على كنايات الطلاق والعتاق وسائر الكلام.

فأما الجواب عن الآية، فهو ما قدمناه من الاستدلال بها، وقد روى الحسن، وقتادة، والشعبي: أنه حرم مارية على نفسه بيمين حلف بها.

وأما حديث ابن عباس عن عمر، فقد رواه عبدالله بن محرز، عن قتادة عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، وقد ذكر الدارقطني أن ابن محرز ضعيف، ولم يروه عن قتادة. على أنه يحمل قوله: «الْحَرَامُ يَمِينٌ تُكَفَّرُ»، أي في الحرام كفارة يمين، وأما القياس بالمعنى في الأصل أنه خالف الله تعالى فانعقدت به اليمين.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: كُل مَا أَمْلِكُ عَلَيَّ حَرَامٌ يَعْنِي: امْرَأَتَهُ وَجَوَارِيَهُ وَمَالَهُ، كَفَّرَ عَنِ الْمَرْأَةِ وَالْجَوَارِي كَفَّارَةً وَاحِدَةً، وَلَمْ يُكَفِّرْ عَنْ مَالِهِ)[3].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا حرم على نفسه ما يملك من نسائه وجواريه

= يكفّر وقال ابن عباس: (لقد كان لكم في رسول الله إسوة حسنة) وفي الطلاق (٥٢٦٦) ومسلم في الطلاق (١٤٧٣) (١٨) أمّا ابن عباس عن عمر، فهو من حديث ابن عباس عن عمر وفيه: «قال ابن عباس: مكثتُ سنة أريد أن أسأل عمر بن الخطاب عن آية فما أستطيع أن أسأله هيبة له، حتى خرج حاجاً، فخرجت معه...» والحديث بطوله عند البخاري (٤٩١٣) و (٤٩١٤) و (٥١٩١) ومسلم (١٤٧٩) (٣٤).

(١) سورة التحريم، الآية: ١.

(٢) سورة التحريم، الآية: ٢.

(٣) مختصر المزني: ص ١٩٣.

وأمواله، فلا كفارة عليه في الأموال لما ذكرنا، وأنه لا حرمة له ولا تغليظ، ولا حد في تناول محظوره.

وأما نساؤه وجواريه، فإن أراد تحريم وطئهن لزمته الكفارة، وفيها قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وظاهره نصه ها هنا: عليه كفارة واحدة، لأن لفظة التحريم واحدة.

والقول الثاني: عليه لكل واحدة من نسائه وجواريه كفارة اعتباراً بأعدادهن، لأن كل واحدة منهن محرمة، ومثله: من ظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة، كان فيما يلزمه من الكفارة قولان:

أحدهما: كفارة واحدة، لأن اللفظة واحدة.

والثاني: أربع كفارات، باعتبار أعدادهن، لأن كل واحدة منهن محرمة أنه مظاهر من كل واحدة منهن.

وهكذا من قذف جماعة بكلمة واحدة، كان فيما يلزمه من الحد قولان:

أحدهما: حد واحد، لأن اللفظة واحدة.

والثاني: يحد لكل واحد حدّاً، لأنه مقذوف في عينه.

وأما إذا حرمهن غير مريد لتحريم وطئهن، ففي وجوب الكفارة قولان على ما مضى:

أحدهما: لا كفارة فيه، ويكون لفظ التحريم كناية في وجوب الكفارة، لا يتعلق به مع فقد الإرادة حكم.

والقول الثاني: أنه صريح في وجوب الكفارة مع فقد الإرادة، فيجب عليه به الكفارة.

واختلف أصحابنا فيما يلزمه منها، فمذهب جمهورهم إلى أنها على قولين، كما لو أراد به تحريم وطئهن:

أحدهما: كفارة واحدة.

والثاني: بأعدادهن.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا تجب عليه كفارة واحدة، قولاً واحداً. وفرق

بينهما: بأنه في إرادة التحريم يحرم لكل واحدة منهن، فجاز اعتبار الكفارة بأعدادهن. ومع فقد الإرادة، فالحكم في الكفارة متعلق باللفظ دونهن، فلم يكن لاعتبار عددهن وجه، فلزمه كفارة واحدة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَقَالَ فِي الإِمْلاَءِ. وَإِنْ نَوَى إِصَابَةً، قُلْنَا: أَصِبْ وَكفِّرْ)[١].

قال الماوردي: إنما أراد الشافعي بهذا، وإن جوز تقديم الكفارة في تحريم الوطء.

الفرق بينه وبين الظهار: لأنه في الظهار تجب عليه تقديم الكفارة على الوطء، ويعصي الله تعالى إن أخرها، لقول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[٢] ويجوز له في تحريم الوطء أن يقدم الإصابة ويؤخر الكفارة، وإن تقدم وجوبها على الإصابة، وجاز تعجيلها لأنها غير مقيدة بشرط.

فصل: فلو قال لنسائه: أنتن عليَّ حرام، يريد: تحريم وطئهن إن أصابهن، فلا كفارة عليه في الحال حتى يصيبهن، لأنه جعل التحريم مشروطاً في نيته بإصابتهن، فإذا أصابهن وجبت الكفارة عليه حينئذ، ويقبل ذلك منه في الظاهر والباطن، بخلاف ما ينويه من شروط الطلاق الذي يقبل منه في الباطن دون الظاهر. لأن هذا مما يختص بوجوب الكفارة التي هي من حقوق الله تعالى التي يدين فيها، فاستوى فيها حكم الظاهر والباطن. وليس كالكلام الذي يتعلق به حق لآدمي، فجاز أن يختلف فيه حكم الظاهر والباطن، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: كَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ، فَهُوَ كَالْحَرَامِ)[٣].

قال الماوردي: ولو قال لزوجته أو لأمته: أنت عليَّ كالميتة والدم، أو كلحم الخنزير، فهذا قد يستعمل في كنايات الطلاق، والظهار، والعتق. فإن أراد به طلاقاً أو ظهاراً أو عتقاً، صح، وإن لم يرد به ذلك فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يريد به تحريم الوطء، فيكون كناية فيه، فتجب به الكفارة. لأنه إذا كان

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.
(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.
(٣) مختصر المزني: ص ١٩٣.

كناية في الطلاق، فأولى أن يكون كناية في تحريم الوطء تجب به الكفارة، وإن لم يقع به التحريم، كقوله: أنت عليّ حرام، يريد: تحريم الوطء.

والقسم الثاني: أن يريد به لفظ التحريم، فيجعله قائماً مقام: أنت علي حرام. فإن قلنا: إن الحرام صريح في وجوب الكفارة، كان هذا كناية عنه، لأن الصريح يكنى عنه فيصير بالنية جارياً مجرى قوله: أنت عليَّ حرام، فتكون الكفارة به واجبة.

وإن قلنا: إن الحرام كناية في الكفارة لا يتعلق به مع فقد الإرادة حكم، فلا شيء عليه في هذا، لأن الكناية ليس لها كناية.

والقسم الثالث: أن لا يريد شيئاً، فلا شيء عليه. لأن الكناية مع فقد الإرادة لا يتعلق بها حكم، والله أعلم بالصواب.

فصل: وإذا قال لزوجته وهي محرمة، أو حائض أو في عدة عن طلاق رجعي، أو في ظهار لم يكفر عنه: أنت عليّ حرام، يريد: تحريم وطئها، لم تجب عليه كفارة، لأن وطئها محرم عليه.

وهكذا لو قال لأمته وقد زوجها أو كاتبها: أنت عليّ حرام، يريد: تحريم وطئها، لم تلزمه الكفارة، لأن وطئها محرم عليه.

وإن قال ذلك لهما وهما على الحال التي ذكرنا، لا يريد تحريم وطئها، فإن جعلنا اللفظ صريحاً في وجوب الكفارة وجبت عليه، لأن الحكم يصير معلقاً باللفظ، وإن جعلناه كناية فيهما لم تجب عليه.

فصل: وإذا قال لزوجته: فرجك عليّ حرام أو قال: رأسك عليّ حرام، فهما سواء، وليس لذكر الفرج زيادة حكم، لأنه بعضها كرأسها، فدخلا في قوله: أنت عليّ حرام، فجرى عليه حكمه، وإن كان لفظ التحريم أعم. فإن أراد بتحريم الفرج والرأس تحريم الوطء، لزمته الكفارة، وإن لم تكن له إرادة، فعلى قولين.

ولو قال: بطنك عليّ حرام، كان صريحاً في وجوب الكفارة، لانتفاء الاحتمال عنه.

فصل: ولو قال: أنت عليّ حرام طالق، ولا نية له، طلقت، ولم تلزمه الكفارة، وصار ما تعقب التحريم من الطلاق تفسيراً له.

ولو قال: أنت عليّ حرام وأنت طالق، لم يصر الطلاق تفسيراً لاستئنافه بلفظ مبتدأ، ولزمته الكفارة في التحريم، على أحد القولين.

ولو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، ولا نية له، كان مظاهراً، ولم تلزمه بالتحريم كفارة، لأنه قد تفسر إطلاقه، بقوله: كظهر أمي، فيكون ظهاراً، ولا يكون طلاقاً.

والثاني: أن يريد الطلاق بقوله: أنت عليّ حرام، فيكون مطلقاً مظاهراً.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَأَمَّا مَا لَا يُشْبِهُ الطَّلَاقَ مِثْلُ قَوْلِهِ: بَارَكَ اللَّهُ فِيكِ، أَوِ اسْقِينِي أَوْ أَطْعَمِينِي، أَوْ ارْوِينِي، أَوْ زَوِّدِينِي، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ وَإِنْ نَوَاهُ، وَلَوْ أَجَزْتُ النيَّةَ بِمَا لَا يُشْبِهُ الطَّلَاقَ أَجَزْتُ أَنْ يُطَلِّقَ فِي نَفْسِهِ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الألفاظ في الطلاق تنقسم ثلاثة أقسام:

صريح وقد مضى، وكناية وقد تقدم، وما ليس بصريح ولا كناية وهو هذا، كقوله: أطعميني، أو اسقيني، أو زوديني، وما أحسن عشرتك، وما أظهر أخلاقك، وما جرى مجرى هذه الألفاظ التي توضع للفرقة ولا تتضمن معنى البعد. فلا يقع بها الطلاق، سواء نواه أو لم ينوه، لأن الطلاق لوقوع بما لا يتضمن معنى الفرقة، لوقوع بمجرد النية، وقد رددنا على مالك في إيقاعه الطلاق بمجرد النية، في إحدى الروايتين عنه، وهو قول محمد بن سيرين.

فأما إذا قال لها: أطعمي أو إشربي كان كناية يقع به الطلاق، إذا نواه.

وقال أبو إسحاق المروزي: لا يكون كناية، كما قال: أطعميني واسقيني.

وهذا فاسد، لأن قوله: اطعمي واشربي، يتضمن معنى البعد. لأن معناه: اطعمي مالَكِ واشْرَبِي شرابك، وهي تفعل ذلك في الأغلب إذا خلت من زوج. وقوله: اطعميني واسقيني، إذنٌ لها وتقريب، فجرى هذا مجرى قوله: اقري، وليس بكناية، وجرى ذلك مجرى قوله: اذهبي، وهي كناية.

ولو قال: تجرعي وتفصصي، كان كناية، وافق عليه أبو إسحاق.

ولو قال: جرعيني، وغصصيني، كان فيه لأصحابنا وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

أحدهما: لا يكون كناية، كما لو قال: اطعميني واسقيني.

والثاني: يكون كناية، لأن معناه: جرعني فراقك، وغصصتيني لبعادك.

ولو قال لها: بارك الله فيك، لا يكون كناية، ولو قال: بارك الله لك، كان كناية، والفرق بينهما ما ذكرناه.

فصل: وأما إذا قال لها: أنت الطلاق، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون صريحاً، لأن الطلاق صريح؟ فعلى هذا يطلق واحدة، إلا أن يريد أكثر منها.

والوجه الثاني: تكون كناية، لأنها في نفسها لا تكون طلاقاً، وإنما يقع الطلاق عليها إذا أوقعه، فلذلك صار كناية، فيرجع فيه إلى إرادته، فإن لم يرد به الطلاق لم يقع.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لِلَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ وَقَعْنَ مَعاً)[1].

قال الماوردي: أما إذا طلق غير المدخول بها ثلاثاً، طلقت ثلاثاً، وهو قول الجمهور.

وقال عطاء بن يسار، والمغربي: تطلق واحدة، لأنها قد بانت بقوله: أنت طالق، فلم يقع عليها بعد البينونة بقوله ثلاثاً شيء.

وهذا فاسد، لأن وقوع الثلاث هو بقوله: أنت طالق، لاحتماله العدد، وقوله: ثلاثاً تفسيراً منه للعدد المراد بقوله: أنت طالق، ولذلك جاء به منصوباً لكونه تفسيراً. كما لو قال له: عليَّ عشرون درهماً، صار الدرهم لكونه منصوباً تفسيراً للعدد، كذلك الثلاث تفسيراً للعدد.

وقد حكي عن عبد الله بن عمر: أنه سئل عن غير المدخول بها، إذا طلقت ثلاثاً؟ قال عطاء بن يسار: فقلتُ ولاثنتين، فقال عبدالله بن عمر: وأما هي الواحدة بينتها، والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجاً غيره.

فصل: فإذا تقرر أن طلاق الثلاث يقع على غير المدخول بها كوقوعه على المدخول بها، فقال لها وهي غير مدخول بها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وقعن معاً في الحال، على أي حال كانت من حيض أو طهر. لأننا قد ذكرنا: أن غير المدخول بها، لا سنة في طلاقها،

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

ولا بدعة. وليس عندنا في عدد الطلاق سنة ولا بدعة، وعند أبي حنيفة: أنها تطلق واحدة تبين بها، ولا يقع عليها غيرها بناء على أصله، في أن طلاق الثلاث بدعة، وأن السنة فيه أن تقع في كل قرء طلقة، وهي بالطلقة الأولى قد بانت، فلم يقع عليها غيرها، وقد مضى الكلام معه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعَتِ الأُولَى وَبَانَتْ بِلاَ عِدَّةٍ. وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ)[1].

قال الماوردي: وهذا في غير المدخول بها، إذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، مريداً بالثانية والثالثة الاستئناف، طلقت واحدة باللفظ الأول، ولم تقع بالثانية والثالثة، لأنها بالأولى بانت.

وقال مالك: تطلق ثلاثاً إذا قال لها: متصلاً، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، وحكم أوله موقوف على آخره، فجرى مجرى قوله: أنت طالق ثلاثاً.

وهذا فاسد، لأنه طلاق مرتب قدم بعضه على بعض، فإذا وقع ما تقدم منه منع من وقوع ما تأخر عنه، وخالف قوله: أنت طالق ثلاثاً، لأنهن وقعن معاً باللفظ الأول من غير ترتيب.

وحكي عن الشافعي في القديم: إنها تطلق ثلاثاً كقول مالك، فخرجه ابن أبي هريرة قولاً ثانياً، وأباه سائر أصحابنا، وجعلوه جواباً عن مالك.

فصل: فإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق طلقتين ونصفاً، طلقت طلقتين، ولم تقع عليها الثالثة لانفرادها عن ما قبلها بواو العطف. ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف واحدة، طلقت ثلاثاً، لأن الباقي بعد الاستثناء طلقتان ونصف بكلمة واحدة، فكملت ثلاثاً.

فصل: فإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق واحدة بعدها واحدة، فهي طالق واحدة ليس بعدها شيء، لأنها قد بانت بالواحدة. ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبلها واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: لا طلاق عليه، لأن وقوع الطلاق عليها يوجب وقوع طلقة قبلها ووقوع ما قبلها، يمنع من وقوعها، فاقتضى تنافي الدور وإسقاط الجميع.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنها تطلق واحدة ليس قبلها شيء لأن وقوع ما قبلها موجب لإسقاطها، وإسقاط ما قبلها يوجب إثباتها، وإسقاط ما قبلها ولو قال: أنت طالق واحدة معها واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق طلقتين، لأنهما يقعان معاً لا تتقدم إحداهما على الأخرى، قال كقوله: أنت طالق طلقتين.

والوجه الثاني: وهو قول المزني: إنها تطلق واحدة ليس معها شيء، لأنه قد أفردها فصار كقوله: أنت طالق واحدة بعدها واحدة.

فصل: ولو قال لها وهي غير مدخول بها: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة، ثم قال لها: إذا دخلت فأنت طالق اثنتين، فدخلت الدار، طلقت ثلاثاً لوقوعهن معاً في حالة واحدة.

فصل: ولو قال: إذا دخلت الدار، فأنت طالق واحدة، معها واحدة. فدخلت الدار، طلقت اثنتين لوقوعهما معاً.

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة، بعدها واحدة، طلقت بدخول الدار واحدة، ليس بعدها شيء، لأنه رتبهما.

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة قبلها واحدة، كان على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: أنها لا تطلق بدخول الدار أصلاً.

والثاني: تطلق واحدة ليس قبلها شيء.

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالق، فدخلت الدار، ففيه وجهان:

أحدهما: أن يقع عليها بدخول الدار طلقتان، لأن كل واحدة منهما تقع بدخول الدار من غير ترتيب.

والوجه الثاني: لا يقع عليها إلا طلقة واحدة، كما لو قال لها مواجهة: أنت طالق وطالق، لم يقع عليها إلا واحدة. وهذا فاسد، لأنه في المواجهة يترتب، وفي تعليقه بدخول الدار غير مرتب، ولعل قائل هذا الوجه أوقع الواحدة، لأن المواجهة عنده توجب الترتيب، والله أعلم.

بـاب الطَّلَاقُ بِالْوَقْتِ وَطَلَاقُ الْمُكْرَهِ وَغَيْرِهِ[١]

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَيُّ أَجَلٍ طَلَّقَ لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْلَ وَقْتِهِ)[٢].

قال الماوردي: وهذا كما قال. الطلاق يقع ناجزاً، وعلى صفة، وإلى أجل.

فوقوعه ناجزاً أن يقول: أنت طالق، فتقع بمجرد اللفظ.

ووقوعه على صفة أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إن قدم زيد فأنت طالق، فلا يقع الطلاق قبل وجود الصفة، سواء بصفة مضافة إليها بدخول الدار، أو مضافة إلى غيرها كقدوم زيد، وهذا متفق عليه.

وأما تعليقه بأجل فكقوله: أنت طالق إلى بعد شهر، أو إلى سنة، أو رأس الشهر، فلا يقع الطلاق عليها قبل حلول الأجل، سواء كان الأجل معلوماً أو مجهولاً، وبه قال أبو حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال مالك: يقع الطلاق معجلاً، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه يصير نكاحاً إلى مدة، وهذا باطل كالمتعة.

والثاني: أن عقد التحريم إلى أجل، يوجب تعجيله كالمكاتبة، لما أوجبت الكتابة تحريمها بالعتق بعد الأداء، تعجل تحريمها بنفس الكتابة قبل الأداء.

ودليلنا: هو أنه تعليق طلاق بشرط، فوجب أن لا يقع قبل وجود الشرط، قياساً على تعليقه بموت زيد. فإن قيل: فموت زيد مجهول الأجل، قيل: إذا ثبت فيه لأجل المجهول كان ثبوت الأجل المعلوم أحق. ولأنه إزالة ملك لو علق بأجل معلوم مجهول، لم يزل قبله وجب. وإذا علق بأجل معلوم أن لا يزول قبله، كالعتق. ولأنه أجل لو علق به العتق لم يقع قبله، فوجب إذا علق به الطلاق أن لا يقع قبله كالمجهول.

---

(١) في المختصر: باب الطلاق بالوقت وطلاق المكره وغيره من كتاب إباحة الطلاق والاملاء وغيرهما.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٣.

أما قياسه على المتعة لأنه نكاح إلى مدة، فغلط. لأن النكاح عقد يتمنع فيه دخول الأجل، ففسد بالمعلوم والمجهول، والطلاق حد لا يفسد بالأجل المجهول، فكان أولى أن لا يفسد بالأجل المعلوم على أن دخول الأجل في النكاح مبطل له. فلو كان الطلاق مثله، لكان دخول الأجل فيه مبطلاً له دون النكاح، ومالك يجعله مبطلاً للنكاح دون الطلاق.

وأما الكتابة فلا يصح الاعتبار لها، لأن المكاتبة قد ملكت نفسها وملك المال عليها، فلم يجز أن يجمع بين ملك المال عليها وملك الاستمتاع بها كالخلع. وخالف الطلاق المؤجل، لأنه لا يملك عليها ما يمنع من بقاء ملكه على الاستمتاع بها، فافترقا.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أن الطلاق المؤجل لا يتعجل، فلا فرق بين أن يقول لها: أنت طالق بعد شهر، وبين أن يقول لها: أنت طالق إلى شهر، في أنها زوجة في الحالين، ويقع الطلاق عليها قبل شهر.

وإن قال: أنت طالق إلى شهر، وقع الطلاق عليها في الحال، لأنه جعل ذلك أجلاً لمدة الطلاق، ولم يجعله شرطاً في وقوعه. وهذا فاسد، بل كلا الأمرين شرط، والطلاق فيهما مؤجل بعد شهر، لأنه لا فرق بين قول القائل: أنا خارج بعد شهر، وبين أن يقول: أنا خارج إلى شهر، في أن الشهر أجل لكون الخروج بعده.

فصل: قال الشافعي في «الإملاء»: ولو قال لها: أنت طالق رأس الشهر، ثم قال لها: أنت طالق تلك الطلقة الآن، فإن أراد به تعجيلها طلقت واحدة، لأنه قد عجل ما أجل، فكان أغلظ. وإن أراد رفع تلك وإيقاع هذه، طلقت طلقتين، لأنه لا يملك رفع الطلاق المؤجل، ولا المعلق بصفة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ فِي شَهْرِ كَذَا أَوْ فِي غُرَّةِ هِلَالِ كَذَا، طُلِّقَتْ فِي المَغِيبِ مِنَ اللَّيْلَةِ الَّتِي يَرَى فِيهَا هِلَالَ ذَلِكَ الشَّهْرِ)[1].

قال الماوردي: أما إذا قال لها: أنت طالق في شهر رمضان، طلقت بدخول أول شهر رمضان، وذلك بأول جزء من الليلة التي يرى فيها هلال رمضان، وقال أبو ثور: لا تطلق إلا في آخر جزء من شهر رمضان، ليستوعب به الصفة التي علق به طلاقها.

وهذا فاسد، لأن الطلاق المعلق بالصفة يقع بأول وجود الصفة، كقوله: أنت طالق

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

إن دخلت الدار، تطلق بدخول الدار. كذلك إذا علقه بشهر رمضان، وجب أن تطلق بأول دخوله.

فإذا صح ما ذكرنا من طلاقها بدخول أول جزء من شهر رمضان، وذلك بعد غروب الشمس من أول ليلة يرى فيها هلاله فقال: أردت بقولي أنت طالق في شهر رمضان، وقع الطلاق عليها في آخره، دِينَ فيه، وحمل فيما بينه وبين الله تعالى عليه لاحتماله، وألزم في ظاهر الحكم وقوع الطلاق في أوله اعتباراً بظاهر لفظه.

فصل: ولو قال: أنت طالق في أول شهر رمضان طلقت عند غروب الشمس في أول ليلة منه، كالذي قلنا بوفاق أبو ثور هاهنا.

فلو قال: أردت أن تكون طالقاً في آخره، لم يدين فيه، ولزمه في الظاهر تعجيله في أوله، لأن آخره لا ينطلق عليه اسم أوله.

ولو قال: أردت في آخر يوم من أوله، دين فيه لاحتماله، وأنه من أوله. ولو قال: أردت في آخر النصف الأول منه، فهل يدين فيه أم لا؟ على وجهين من مسألة نذكرها فيما بعد.

ولو قال: أنت طالق في غرة شهر رمضان، طلقت بدخول أوله على ما ذكرنا. فلو قال أردت وقوع الطلاق في آخره، لم يدين فيه، لأنه لا ينطلق اسم الغرة عليه.

ولو أراد وقوعه في أول يوم منه، وثانيه وثالثه، دين فيه؛ لأن الثلاث الأول من الشهر من غرته لقولهم: ثلاث غرر، وثلاث بهر. فلو قال: أنت طالق مستهل شهر رمضان، طلقت بغروب الشمس في أول ليلة منه. فإن أراد به ما بعد اليوم الأول منه، لم يدين فيه، لأنه ليس من مستهله، وإن أراد اليوم الأول إلى آخره دين فيه، لأنه مستهل أيامه.

فصل: ولو قال: أنت طالق في آخر شهر رمضان، أو في انسلاخ شهر رمضان، أو في انقضاء شهر رمضان، طلقت بغروب الشمس في آخر يوم منه. لأن أول الشهر يكون بدخول الليل، وآخره بخروج النهار، لأن الشهر يجمع الليل والنهار.

فإن قيل: إنما يجمعهما لغةً، والشرع يخص النهار منهما، لقوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾[1]. فأوجب الشرع صوم النهار دون الليل، فكان النهار هو الشهر الشرعي، وكان أولى أن يتعلق به حكم الشرع.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

قيل: قد جاء الشرع بجمع الليل والنهار، قال الله تعالى: ﴿واللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ، فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾(١). وهي تعتد فيها الليل والنهار جميعاً، فلم يكن لتعليق الحكم بأحدهما وجه، ما لم يخصه دليل.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق في أول آخر الشهر ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تطلق بغروب الشمس من الليلة السادسة عشرة منه، لأن آخر الشهر نصفه الثاني، وأول النصف الثاني غروب الشمس من أول الليلة السادسة عشرة، وهو قول أبي العباس بن سريج.

والوجه الثاني: أنها تطلق بطلوع الفجر في آخر يوم منه. فإن كان الشهر كاملاً، فهو يوم الثلاثين، وإن كان الشهر ناقصاً، فهو يوم التاسع والعشرين، لأن آخر الشهر هو آخر يوم منه، وأول اليوم طلوع فجره.

فصل: ولو قال: أنت طالق في آخر أول الشهر، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس: إنها تطلق بغروب الشمس في اليوم الخامس عشر، لأن أول الشهر نصفه الأول، وآخره غروب الشمس في الخامس عشر منه.

والوجه الثاني: تطلق بغروب الشمس في أول يوم منه، لأن أوله اليوم الأول، وآخره غروب شمسه.

فصل: ولو قال: أنت طالق في آخر أول الشهر، فعلى قول أبي العباس: تطلق عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر، لأن عنده أن أول آخر الشهر، أول الليلة السادسة عشر فكان آخرها طلوع الفجر من يومها.

والوجه الثاني: تطلق بغروب الشمس في آخر يوم منه، لأن أول آخره على هذا الوجه، طلوع الفجر من آخر أيامه، فكان آخره غروب شمسه.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق في أول آخر أول الشهر، فعلى قول أبي العباس: تطلق بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر، لأن آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر، فكان أوله طلوع فجره.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٤.

وعلى الوجه الثاني: تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر، لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من أول أيامه، فكان أوله طلوع الفجر.

فصل: ولو قال: أنت طالق اليوم، طلقت في وقته. ولو قال: في غد، طلقت عند طلوع فجره، فلو قال: أنت طالق اليوم أو غداً، طلقت في غد، لأنه تيقن.

ولو قال: أنت طالق اليوم وغداً، طلقت في الحال واحدة، ورجع إلى بيانه في غد. فإن أراد وقوع أخرى فيه، طلقت ثانية، وإن أراد وقوع طلقة في هذين اليومين، لم تطلق إلا واحدة في اليوم. وإن أراد تأخير الطلاق من اليوم إلى غد، لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى. وإن لم تكن له إرادة، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول العراقيين: لا تطلق إلا واحدة في اليوم، لأنها إذا طلقت في اليوم فهي في غد كذلك.

والوجه الثاني: أنها تطلق في اليوم واحدة، وفي غد أخرى، لأنه معطوف على اليوم، فجرى عليه حكمه تسوية بين العطف والمعطوف.

فصل: وإذا قال: أنت طالق في اليوم بعض تطليقة، وفي غد بعض تطليقة، طلقت في اليوم واحدة، وسئل عن إرادته عن بعض التطليقة في غد: فإن أراد الباقي من التطليقة الأولى لم تطلق في غد، لأنه قد عجل باقيها بتكميل الطلقة في اليوم. وإن أراد بعض تطليقة أخرى، طلقت في غد تطليقة ثانية تكميلاً للبعضين، وإن لم تكن له إرادة ففيه وجهان:

أحدهما: لا تطلق واحدة، لأنها يقين.

والثاني: تطلق تطليقتين: واحدة في اليوم، وأخرى في غير تسوية بين حكم اليومين، وأن بعض التطليقة يقوم مقام التطليقة، لوجوب تكميلها بالشرع.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِذَا رَأَيْتُ هِلاَلَ شَهْرٍ كَذَا حَنَثَ إِذَا رَآهُ غَيْرُهُ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ رُؤْيَةَ نَفْسِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قال: إذا رأيت هلال شهر رمضان فأنت طالق، فإن رآه جميع الناس طلقت إجماعاً، وإن رآه الناس دونه، طلقت عندنا.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

وقال أبو حنيفة: لا تطلق حتى يراه بنفسه، لأن تعليق الحنث برؤيته لا يوجب وقوعه برؤية غيره، كما لو قال: إذا رأيت زيداً فأنت طالق، فرآه غيره، لم تطلق.

وهذا فاسد، لأن الشرع قد قرر أن رؤية غيره للهلال كرؤيته، لقول النبيّ ﷺ: «صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ»[1]. ثم عليه أن يصوم ويفطر برؤية غيره، فوجب أن يكون إطلاق رؤية الشهر محمولاً على ما قيده الشرع. وليس كذلك إذا علقه برؤية زيد، لأن الشرع ما جعل رؤية الغير له كرؤيته.

فعلى هذا لو قال: أردت رؤية نفس، دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى على ما نوى، ولم يحنث إلا برؤية نفسه، وحنث في ظاهر الحكم برؤية غيره. فلو رآه وقد أراد رؤية نفسه في نهار آخر يوم من شعبان قبل غروب شمسه، ففي حنثه وجهان:

أحدهما: يحنث، لأنه هلال شهر رمضان، وإن تقدمه.

والوجه الثاني: وقد أشار إليه الشافعي في الأم، إنه لا يحنث، لأن هلال الشهر ما كان مرئياً فيه، فلو لم ير هلال رمضان في أوله، حتى صار قمراً ففيه وجهان:

أحدهما: يحنث تغليباً للإشارة، إلاّ أن يريد حقيقة الاسم.

والوجه الثاني: لا يحنث اعتباراً بحقيقة الاسم، إلا أن يريد الإشارة. واختلفوا متى يصير الهلال قمراً؟

فقال قوم: يصير قمراً بعد ثلاث.

وقال آخرون: إذا استدار.

وقال آخرون: إذا بهر ضوؤه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ وَقَدْ مَضَى مِنَ الْهِلَالِ خَمْسٌ، لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّى تَمْضِي خَمْسٌ وَعِشْرُونَ لَيْلَةً مِنْ يَوْمِ تَكَلَّمَ، وَأَحَدَ عَشَرَ شَهْراً بِالْأَهِلَّةِ وَخَمْسٌ بَعْدَهَا)[2].

قال الماوردي: إذا قال لامرأته: إذا مضت سنة فأنت طالق، فهو معتبر بالسنة الهلالية التي هي اثني عشر شهراً بالأهلة، بكمال الشهور ونقصانها. لأن الشهر ما بين الهلالين

---

(١) سبق تخريجه في الصيام.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٣.

كاملاً كان أو ناقصاً، فإن كمل فهو ثلاثون يوماً لا يزيد عليها، وإن نقص فهو تسعة وعشرون يوماً لا ينقص منها. والأغلب من السنة الهلالية أنها ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً، وربما نقصت يوماً أو زادت يوماً.

وقال أبو حنيفة: لا اعتبار فيها بالأهلة، وهي مقدرة ثلاثمائة وستين يوماً، لأنها أيام السنة عرفاً.

وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ، قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾[1]. فلم يجعل الله تعالى لأهل الإسلام علماً إلا بها، وقد يكمل ما بين الهلالين تارة وتنقص أخرى، فوجب أن يكون الاعتبار باثني عشر شهراً منها، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً﴾[2]. ولأنه لما كان ما يقدر بالشهور لا يراعى فيه كمال الأيام، وجب فيما تعلق بالسنين لا يراعى فيه كمال الشهور.

فإذا ثبت هذا، لم يخل حال الوقت الذي عقد فيه هذا الطلاق من أحد أمرين: إما أن يكون في أول شهر، أو قضاء عينه.

فإن كان في أول شهر ومع رأسه هلاله، اعتبرت اثني عشر شهراً بالأهلة. فإذا طلع هلال الشهر الثالث عشر، فقد انقضت السنة، ووقع الطلاق.

وإن كان في قضاء عين شهر، كأنه قال هذا وقد مضى من الشهر خمسة أيام، فلا يخلو: أن يكون هذا الشهر كاملاً، أو ناقصاً.

فإن كان كاملاً، وباقيه خمسة وعشرون يوماً، فإذا مضى بقية الشهر وأحد عشر شهراً بالأهلة، ومضى من الشهر الثالث عشر خمسة أيام، فقد تمت السنة، ووقع الطلاق.

وإن كان الشهر الأول ناقصاً، وباقيه أربعة وعشرون يوماً، كان انقضاء السنة بأن يمضي من الشهر الثالث عشر ستة أيام اعتباراً بكمال الشهر الأول.

وإن لم يعتبر كمال غيره من الشهور، لأن فوات هلاله يوجب اعتبار كماله كالصوم، لقول النبيّ ﷺ: «صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا الْعِدَّةَ ثَلَاثِينَ»[3].

فلو شك في وقت عقده لهذا الطلاق، هل كان في أول الشهر، أو بعد عشر مضت

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٩.

(٢) سورة التوبة، الآية: ٣٦.

(٣) سبق تخريجه في الصيام.

منه، لم يلزمه الطلاق إلا بعد عشر من الشهر الثالث عشر، اعتباراً باليقين في بقاء الزوجية، ولأن الطلاق لا يقع بالشك.

وهل يحرم عليه في هذا الشهر وطئها، وإن لم يقع فيه طلاقها؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الأظهر: إن وطئها لا يحرم، لأن الطلاق فيها لم يقع.

والوجه الثاني: إن وطئها يحرم للشك في استباحتها، كما لو اشتبهت زوجته بأجنبية.

فصل: فلو قال: أردت بقولي: إذا مضت سنة فأنت طالق، السنة العددية التي هي استكمال ثلاثمائة وستين يوماً، دين في الفتيا دون الحكم، ولو قال: أردت السنة الشمسية التي هي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً ترجع الشمس بعدها إلى البرج الذي طلعت منه، دين في الفتيا دون الحكم، لأن إطلاق التسمية في الشرع يوجب حمله في الحكم على السنة الهلالية، دون العددية والشمسية لما ذكرنا؛ فلم يقبل في ظاهر الحكم لما فيه من زيادة الأجل، ودين في الفتيا لاحتماله.

ولو قال: أردت سنة التأريخ، التي أولها مستهل المحرم، وآخرها منسلخ ذي الحجة، قبل منه في الفتيا والحكم، لأنه أضر به وأقضى لأجله.

ولو قال: إذا مضت السنة فأنت طالق، حمل على ظاهر الحكم على سنة التأريخ، لأنها معهودة. فإذا انقضت بانسلاخ ذي الحجة، لزمه الطلاق، كان الباقي منها قليلاً أو كثيراً.

فلو قال: أردت كمال سنة الأهلة، دين في الفتيا، دون الحكم. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ الشَّهْرَ المَاضِي، طُلِّقَتْ مَكانَهَا وإيقَاعُهُ الطَّلاَقَ الآنَ فِي وَقْتٍ مَضَى مُحَالٌ)**[1].

قال الماوردي: اعلم أن قوله لها: أنت طالق الشهر الماضي، وأنت طالق أمس، ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أنه يريد بذلك، أنه يطلقها في الشهر الماضي طلاقاً يوقعه الآن، فهذا محال. ولا طلاق عليه، لأن ما مضى من النهار غير مستدرك.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

والقسم الثاني: أن يريد بذلك أنه يطلقها الآن طلاقاً يقع عليها في الشهر الماضي، فالطلاق واقع.

والفرق بينهما: أنه في هذا القسم، وقوع الطلاق في الوقت فوقع، ولم يرد في القسم الأول وقوع الطلاق في الوقت فلم يقع، وإذا وقع الطلاق في هذا القسم فهو واقع لوقته، ولا يتقدم حكمه في الشهر الماضي.

وقال أبو حنيفة: هو متقدم الحكم، فيكون واقعاً للشهر الماضي. استدلالاً، بأنه لو علقه بوقت مستقبل لم يتقدمه، فوجب إذا علقه بوقت ماض أن لا يتأخر عنه.

وهذا فاسد، لأن الطلاق إذا علق بشرط صح في المستقبل، ولم يصح في الماضي، لأنه يصح إيجاد الفعل فيما يستقبل، ولا يصح إيجاده فيما مضى، ولذلك صح الأمر. فالأفعال المستقبلة دون الماضية، وصار منها خبراً، ولم يكن أمراً.

والقسم الثالث: أن يقول ذلك ولا إرادة له، والذي نص عليه الشافعي في كتاب الأم، ونقله المزني إلى هذا الموضع: أن الطلاق واقع، لأنه أوقع الطلاق على صفة مستحيلة، فوقع الطلاق وألغيت الصفة، كما لو قال لمن لا سنة في طلاقها ولا بدعة: أنت للسنة أو للبدعة، طلقت في الحال من غير اعتبار سنة ولا بدعة.

قال الربيع: وفيها قول آخر: أنه لا طلاق عليه، واختلف أصحابنا فيه.

فكان أبو علي بن خيران يجعله قولاً ثانياً للشافعي، تعليلاً بأن تعليق الطلاق بالصفات المستحيلة لا يوجب وقوعه وإلغاء الصفة، كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء، أو شربت ماء البحر، لم يقع الطلاق عليها لاستحالة صعود السماء وشرب ماء البحر، كذلك قوله: أنت طالق في الشهر الماضي، لا يجب وقوعه في الحال لاستحالة وقوعه في الشهر الماضي.

وذهب سائر أصحابنا: إلى أنه مذهب للربيع، وليس بقول للشافعي. وفرقوا بين المسألتين: أن استحالة صعود السماء وشرب ماء البحر لأنه بخلاف العادة، لا أنه غير داخل في القدرة، فلذلك صار صفة معتبرة لا يقع الطلاق بإلغائها. وإيقاع الطلاق الحادث في الزمان الماضي مستحيل، لخروجه عن القدرة، فصارت الصفة فيه ملغاة، والطلاق فيه واقعاً.

على أن من أصحابنا من جمع بين المسألتين، وأوقع الطلاق إذا علقه بصعود السماء

وشرب ماء البحر لاستحالته، كما إذا علقه بالشهر الماضي. والصحيح: أن لا يقع، وإن كان بينهما فرق، فهو ما تقدم.

فصل: ولو قال لها: إذا قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر، فإن قدم زيد بعد شهر، طلقت قبل قدومه بشهر، لأنه طلاق يقع بعد عقده.

وإن قدم زيد قبل شهر فمن أصحابنا من يجعل وقوع الطلاق على ما قدمناه من قول الشافعي والربيع، لأنه طلاق أوقعه قبل عقده، وذهب سائر أصحابنا: إلى أن الطلاق لا يقع ها هنا، قولاً واحداً.

والفرق بينهما: أنه قد كان وجود الشرط ها هنا ممكناً لا يستحيل، فوجب اعتباره ووجوده فيما تقدم مستحيل، فسقط اعتباره. فعلى هذا، لو قال: أنت طالق قبل موتي بشهر، فمات بعد شهر، طلقت قبل موته بشهر لوجود الشرط بعد العقد. ولو مات قبل شهر، لم تطلق؛ لتقدم الشرط على العقد.

وعلى هذا، لو كانت المسألة بحالها فماتت، ثم مات بعدها، فلا يقع الطلاق عليها، إلا أن تموت بعد شهر، ويكون موتها قبله لأقل من شهر، ليكون الشرط مصادقاً لحياتها. فإن ماتت قبله لأكثر من شهر لم يصح الطلاق، لمصادفة الشرط بعد موتها، والطلاق لا يقع بعد الموت.

وهكذا لو ماتت قبله بشهر سواء، لم يقع الطلاق؛ لأنه لا يقع الطلاق عليها مع الموت، كما لا يقع الطلاق عليها بعد الموت.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد، ثم ماتت في أول يوم، قدم زيد في آخره، ففي وقوع الطلاق عليها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي بكر بن الحداد في فروعه: إن الطلاق واقع عليها؛ لأنه إذا قال لها: أنت طالق في يوم السبت، طلقت بعد طلوع فجره، فكذلك إذا قال لها: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد، كان قدومه في اليوم يقتضي وقوع الطلاق فيه، فوجب أن يكون واقعاً مع طلوع فجره. وقد كانت في الحياة بعد طلوع الفجر وقبل قدوم زيد، فوجب أن يقع الطلاق عليها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: إن الطلاق لا يقع إذا تقدم الموت

على القدوم، وإن قدوم زيد يوجب وقوع الطلاق بعده، حتى لا يقع الطلاق قبل وجود شرطه. وخالف تعليق الطلاق باليوم وحده من غير تعليقة بشرط فيه، حيث وقع بطلوع فجره، لأنه في تعليقه باليوم معلق بشرط واحد وقد وجد بطلوع الفجر فوقع الطلاق، وفي تعليقه بقدوم زيد تعليق لطلاقها بشرطين، فلم يقع الطلاق إلا بهما.

وهكذا لو قال لعبده: إذا قدم زيد، فأنت حر، ثم باعه في أول يوم قدم زيد في آخره، عتق على قول ابن الحداد، وبطل البيع، ولم يعتقد على قول سريج؛ لوجود الشرط بعد صحة البيع.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً قبل قدوم زيد بشهر، ثم خلعها وقدم زيد، فإن قدم زيد قبل شهر، لم تطلق بقدومه، وصح الخلع. وإن قدم زيد بعد شهر، فإن كان الخلع قبل قدوم زيد بأكثر من شهر صح الخلع، ولم تطلق بقدوم زيد، لأنها باتت بالخلع قبل قدوم زيد بأكثر من شهر.

فإن كان الخلع قبل قدوم زيد بأقل من شهر، وقدم زيد بعد عقد الطلاق بأكثر من شهر، طلقت بقدوم زيد، وبطل الخلع لتقدم الطلاق وتقدم زيد على الخلع، فصار الخلع واقعاً بعد وقوع الطلاق عليها بقدوم زيد.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: عَنَيْتُ أَنَّهَا مُطَلَّقَةٌ مِنْ غَيْرِي لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ، إِلاَّ أَنْ يُعْلَمَ أَنَّهَا كَانَتْ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ مُطَلَّقَةً مِنْ غَيْرِهِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي نَحْوِ ذَلِكَ)[1]

قال الماوردي: وهذا عائد إلى قوله لها: أنت طالق الشهر الماضي، وقال: أردت أنه طلقها فيه زوج كان لها قبلي، فلا يخلو حاله فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم صدق قوله في تقدم الزوج وطلاقه، فقوله: أنه أراد ذلك، مقبول لاحتماله. فإن صدقته الزوج على إرادته، فلا يمين عليه. وإن أكذبته، فالقول قوله مع يمينه، ولا طلاق عليه.

والقسم الثاني: أن تعلم كذب قوله: وإنه لم يتقدمه زوج غيره، فالطلاق واقع، ودعواه مردودة للعلم ببطلانها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

والثالث: أن لا يعلم حالها ويجوز الأمران فيها، فيرجع إلى الزوجة، ولها حالتان:

إحداهما: أن تصدقه على تقدم زوج، وأنه أراد بالطلاق ما تقدم من طلاق الأول، فلا طلاق عليه، ولا يمين لتصديقها له على الأمرين.

والحال الثانية: أن تكذبه على تقدم الزوج، وعلى أنه طلاق غيره. فإن أقام بيّنةً على ما تقدم زوج قبله، صار القول قوله مع يمينه أنه أراد طلاق الأول، ولا طلاق عليه. وإن لم يكن له بينة على زوج قبله، كان القول قول الزوجة مع يمينها أنه لم يكن لها زوج قبله، والطلاق لازم له في ظاهر الحكم، وإن كان مديناً فيه.

فصل: ولو قال: أردت بقولي لها: أنت طالق في الشهر الماضي، أنني كنت طلقتها فيه واحدة ثم راجعتها. فإن صدقته الزوجة على ذلك، فلا طلاق عليه ولا يمين. وإن أكذبته، فالقول قوله مع يمينه، ولا طلاق عليه.

والفرق بين أن يدعي طلاق زوج، فلا يقبل منه، وبين أن يدعي طلاقاً ارتجعها فيه فيقبل منه: أنه بادعاء الرجعة يوقع الطلاق في نكاحه، وبادعاء الزوج غير موقع له في نكاحه.

فصل: ثم يتفرع على الطلاق بالشهور والأزمنة فروع.

فمنها: أن يقول: أنت طالق في شهر قبل رمضان، تطلق في شعبان؛ لأنه قبل رمضان. ولو قال: في شهر قبله رمضان، طلقت في شوال، لأنه قبله رمضان. ولو قال: أنت طالق في شهر بعد رمضان، طلقت في شوال. ولو قال: في شهر بعده رمضان، طلقت في شعبان، لأن دخول الهاء على قبل وبعد مخالف لحذفها منهما؛ تعليلاً بما يظهر في النفور من الفرق بينهما.

فعلى هذا، لو قال: أنت طالق في شهر قبل ما قبل رمضان، طلقت في رجب؛ لأن ما قبل رمضان شعبان، وما قبل شعبان رجب. ولو قال: في شهر قبل ما قبله رمضان، لأن ما قبله رمضان شوال، وما قبل شوال رمضان. وعلى هذا، لو قال: أنت طالق في شهر بعد ما بعد رمضان، طلقت في ذي القعدة. ولو قال: في شهر بعد ما بعده رمضان، طلقت في رمضان.

ولو قال: أنت طالق في شهر قبل ما بعد رمضان، طلقت في رمضان. ولو قال: في شهر قبل ما بعده رمضان، طلقت في رجب. ولو قال: أنت طالق في شهر بعد ما قبل

رمضان، طلقت في رمضان؛ لأنه قبل ما بعده، ولو قال: في شهر بعد ما قبله رمضان، طلقت في ذي القعدة.

ولو قال: أنت طالق في شهر قبل ما قبل ما بعد رمضان، طلقت في شعبان. ولو قال: في شهر قبل ما قبل ما بعده رمضان، طلقت في جمادى الآخرة. ولو قال: أنت طالق في شهر بعد ما بعد ما قبل رمضان، طلقت في شوال. ولو قال: في شهر بعد ما بعد ما قبله رمضان، طلقت في ذي الحجة، ثم على هذه العبرة تعليلاً بما ذكرنا.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا طَلَّقْتُكِ، فَإِذَا طَلَّقَهَا وَقعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ بِابْتِدَائِهِ الطَّلَاقَ، وَالأُخْرَى بِالحَنَثِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق، أو إن طلقتك فأنت طالق، أو متى طلقتك فأنت طالق، ثم قال لها بعد ذلك: أنت طالق، أو قال: أنت بائن، يريد به الطلاق. أو قال: قد ملكتك نفسك، يريد به الطلاق، فطلقت نفسها، فإنها تطلق في هذه الأحوال كلها طلقتين: واحدة بالمباشرة صريحاً كان ما باشرها به، أو كناية، والطلقة الثانية: بالصفة لأنه جعل طلاقه لها صفة في وقوع الطلاق عليها، وقد وجدت الصفة بقوله: أنت طالق، فوجب أن يحنث بها في وقوع الطلقة الثانية عليها.

وهكذا لو قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار، طلقت طلقتين، أحدهما: بدخول الدار، والثانية: بأنه قد طلقها. ولا فرق بين أن يكون الطلاق الذي أوقعه عليها طلاق مباشرة، أو طلاقاً قد علقه بصفة، لأنه في كلا الحالين قد طلقها، فصار صفة في وقوع الطلاق الثاني عليها.

ولكن لو قال لها مبتدئاً: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لها: إن طلقتك فأنت طالق، ثم دخلت الدار، لم تطلق إلا واحدة بدخول الدار، ولا تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها، لأنه جعل إحداثه لإيقاع الطلاق عليها صفة في وقوع الطلاق الثاني عليها. وإذا طلقت بما تقدم، لم يكن محدثاً؛ لإيقاع الطلاق عليها، فلم توجد الصفة، فلذلك لم يقع الحنث.

ولو قال لها: كلما طلقتك، فأنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق، طلقت طلقتين

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

كالذي ذكرنا، إحداها: بالمباشرة، والثانية: بالصفة. ولا يكون لقوله: «كلما» تأثيرها هنا، لأن معناه: كلما أحدثت إيقاع الطلاق عليك، فأنت طالق.

فإذا قال لها من بعد: أنت طالق، فما أحدث للطلاق عليها إلا مرة، فلم يقع الحنث به إلا مرة واحدة.

فلو قال في هذه المسائل كلها: أردت بقولي إذا طلقتك فأنت طالق، أنها تكون طالقاً بوقوع الطلاق عليها إخباراً عنه، ولم أرد به عقد طلاق بصفةٍ، ديّنَ في الفتيا، فلم يلزمه في الباطن إلا واحدة، لاحتمال ما أراد، ولزمه في ظاهر الحكم طلقتان تغليباً لحكم الظاهر.

فصل: ثم يتفرع على ما ذكرناه، أن يقول وله امرأتان حفصة وعمرة: يا حفصة كلما طلقت عمرة فأنت طالق، ويا عمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق، فقد جعل طلاق كل واحدة منهما صفة في وقوع الطلاق على الأخرى، إلا أنه قدم عقد الطلاق على حفصة قبل عمرة. فإن ابتدأ فقال لحفصة: أنت طالق، طلقت حفصة واحدة مباشرة، وطلقت عمرة ثانية بالصفة، وهي وقوع الطلاق على عمرة. فتطلق حفصة طلقتين، وتطلق عمرة طلقة واحدة.

ولو ابتدأ فقال لعمرة: أنت طالق، طلقت عمرة واحدة بالمباشرة، وطلقت حفصة واحدة بالصفه، ولم تطلق عمرة ثانية لوقوع الطلاق على حفصة، وإن طلقت حفصة ثانية بوقوع الطلاق على عمرة، لأنه مبتدىء بعقد اليمين على حفصة، ومؤخر عقد اليمين على عمرة، فطلقت حفصة ثانية بوقوع الطلاق على عمرة، لحدوث عقد طلاقها بعد يمينه على حفصة، ولم تطلق عمرة ثانية بوقوع الطلاق على حفصة، لتقدم عقد طلاقها قبل يمينه على عمرة.

فصل: وإذا كان له أربع زوجات فقال: كلما ولدت واحدة منكن فصواحبها طوالق، فولدن جميعاً، فهذا ينقسم ثلاثة أقسام نبين به حكم ما زاد عليها.

أحد الأقسام: أن يلدن معاً في حال واحدة، فتطلق كل واحدة منهن ثلاثاً ثلاثاً ويعتددن بالأقراء، وأن لكل واحدة ثلاث صواحب يقع عليها بولادة كل واحدة منهن طلقة، ولذلك طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً بولادة صواحبها الثلاث، واعتددن بالأقراء، لوقوع الطلاق عليهن بعد الولادة، وأول عددهن طهرهن بعد انقضاء النفاس.

والقسم الثاني: أن يلدن جميعاً واحدة بعد واحدة، فقد اختلف أصحابنا فيما يقع عليهن من عدد الطلاق على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي بكر بن الحداد المصري، ذكره في فروعه، وتابعه عليه طائفة من أصحابنا: أن الأولى تطلق ثلاثاً وتنقضي عدتها بالأقراء، والثانية تطلق واحدة وتنقضي عدتها بالولادة، والثالثة تطلق طلقتين وتنقضي عدتها بالولادة، والرابعة تطلق ثلاثاً وتنقضي عدتها بالولادة.

وإنما كان كذلك، لأن الأولى إذا ولدت طلق كل واحدة من الثلاث واحدة واحدة، ولم تطلق الأولى، لأن ولادة كل واحدة صفة في وقوع الطلاق على غيرها، وليس بصفة في وقوع الطلاق عليها.

فإذا ولدت الثانية، بانت بولادتها لوقوع الطلقة الأولى عليها، وطلقت بها الأولى واحدة، وطلقت بها الثالثة طلقة ثانية، وطلقت بها الرابعة طلقة ثانية.

فإذا ولدت الثالثة، طلقت بها الأولى ثانية، ولم تطلق بها الثانية لانقضاء عدتها بالولادة، وطلقت بها الرابعة ثالثة، وانقضت عدتها بالولادة بعد وقوع طلقتين عليها .

فإذا ولدت الرابعة، طلقت بها الأولى طلقة ثالثة، ولم تطلق بها الثانية والثالثة لانقضاء عددهما، وانقضت عدتها بالولادة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن القاص، ذكره في تلخيصه ولم يساعده عليه من يعتد بقوله: أن الأولى لا يقع عليها طلاق، وتطلق كل واحدة من الثلاث تطليقة. لأن الأولى إذا ولدت لم يقع عليها بولادتها طلاق، ووقع على كل واحدة من الثلاث تطليقة. فإذا ولدت الثانية، انقضت عدتها بولادتها، ولم تطلق بها غيرها، لأنها بالبينونة خرجت عن أن تكون صاحبة لهن، وخرجن ببقائهن في العدة أن يكن صواحب لها، فلم يوجد شرط الطلاق منهن، فلم يطلقن. وكذلك إذا ولدت الثالثة انقضت عدتها، ولم يطلق بها غيرها لهذا المعنى، وكذلك الرابعة.

والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين: أن يرجع إلى إرادة الزوج بقوله: كلما ولدت واحدة منكن فصواحبها طوالق. فإن أراد الشرط، فالجواب على ما قاله ابن القاصّ، وإن أراد به التعريف فالجواب على ما قاله ابن الحداد. وإن لم يكن له إرادة، أو فات

الرجوع إلى إرادته بالموت، كان محمولاً على التعريف دون الشرط، لأن الشروط عقود لا تثبت بالاحتمال والجواز.

والقسم الثالث: أن تلد اثنتان منهن في حال معاً، ثم تلد بعدهما اثنتان في حال معاً.

فالجواب على قول أبي بكر بن الحداد: أن كل واحدة من الأولتين تطلق ثلاثاً ثلاثاً وتنقضي عدتها بالأقراء، وكل واحدة من الأخرتين تطلق تطليقتين وتنقضي عدتهما بالولادة. لأن الأولتين إذا ولدتا طلقت كل واحدة منهما تطليقة، بولادة صاحبتها، ولم تطلق بولادة نفسها. وطلقت كل واحدة من الأخرتين تطليقتين، بولادة كل واحدة من الأولتين. فإذا ولدت كل واحدة من الأخرتين، لم تطلق واحدة بولادة صاحبتها، لانقضاء عدتها بولادتهما، وطلقت كل واحدة من الأولتين طلقتين بولادة الأخرتين، فاستكمل طلاق الأولتين ثلاثاً، ووقع على الأخرتين تطليقتان.

والجواب على قول أبي العباس: أن كل واحدة من الأولتين تطلق واحدة واحدة بولادة صاحبتها، وكل واحدة من الأخرتين تطلق تطليقتين بولادة الأولتين. ولا تطلق الأولتين بولادة الأخرتين، لأنهما قد خرجتا بانقضاء العدة بالولادة من أن تكونا صاحبتين للأولتين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كُلَّمَا وَقَعَ عَلَيْكِ طَلَاقِي، وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً، طُلِّقَتْ ثَلَاثاً. وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا، طُلِّقَتْ بِالأُولَى وَحْدَهَا: وَكَذَلِكَ لَوْ خَالَعَهَا بِطَلْقَةٍ مَدْخُولاً بِهَا، قَالَ المُزَنِيُّ: أَلْطَفَ الشَّافِعِيُّ فِي وَقْتِ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ، فَلَمْ يُوقِعْ إِلَّا وَاحِدَةً)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال لها: كلما وقع عليك طلاقي، فأنت طالق، فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون مدخولاً بها.

والثاني: أن تكون غير مدخول بها.

والثالث: أن تكون مختلعة.

فإن كانت مدخولاً بها، فمتى طلقها واحدة طلقت ثلاثاً، واحدة: بمباشرته،

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

والثانية: بالصفة وهو وقوع الأولى عليها، والثالثة: بالثانية، لأنها قد وقعت عليها فصارت صفة في وقوع الثالثة.

وهكذا لو قال لها بعد عقد هذا الطلاق أو قبله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار، طلقت ثلاثاً، واحدة: بدخول الدار، وثانية: بوقوع الأولى، وثالثة: بوقوع الثانية، وكانت هذه المسألة مخالفة لمسطور المسألة التي قبلها من وجهين:

أحدهما: أنه إذا قال لها في المسألة المتقدمة: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم طلقها واحدة، طلقت اثنتين لا غير. وإذا قال لها في هذه المسألة: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم طلقها واحدة، طلقت ثلاثاً.

والفرق بينهما: أن الشرط في الأولى فعل الطلاق، وفي الثانية وقوع الطلاق، وفعل الطلاق لم يتكرر، وقوع الطلاق به ولولا أن عدد الطلاق مقصور على الثلاث، لتناهى وقوعه إلى ما لا غاية له.

ولكن لو قال: كلما أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق، ثم طلقها واحدة، طلقت ثانية لا غير، كقوله: كلما طلقتك فأنت طالق، لأنه قد أضاف الوقوع إلى نفسه، فصار الطلاق معلقاً بفعله.

والوجه الثاني أن في المسألة الأولى إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: إن طلقتك فأنت طالق، فدخلت الدار لم تطلق إلا واحدة بدخولها. وفي هذه المسألة، إن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لها: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق، فدخلت الدار، طلقت اثنتين.

والفرق بينهما: أنه في الأولى جعل الشرط إحداث الطلاق، فإذا طلقت بما تقدم لم يكن محدثاً له، فلم تطلق. وفي هذه المسألة، جعل وقوع الطلاق وهو واقع من بعد وإن كان بعقد متقدم، فلذلك طلقت.

وكان بعض أصحابنا يجمع بين المسألتين، والفرق بينهما بما ذكرناه أصح، ولو قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ولم يقل كلما، ثم طلقها واحدة، طلقت اثنتين لأن «إذا» لا توجب التكرار، وكلما توجب التكرار.

فصل: فإن كانت غير مدخول بها، لم تطلق في هذه المسألة إلا واحدة وهي المباشرة، لأنها قد بانت بها، فلم يقع عليها بالصفة، بعد أن بانت طلاق.

ولكن لو قال لها وهي غير مدخول بها: إن وطئتك فأنت طالق، ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، وقدم هذا القول على تعليق الطلاق بالوطء، فكلاهما في الحكم سواء. فإذا وطئها بأن غيب الحشفة في الفرج، طلقت ثلاثاً، واحدة: بالوطء، وثانية: بالأولى لأنها بالوطء قد صارت مدخولاً بها، تجب العدة عليها، وثالثة: بالثانية.

وأما وجوب الحد عليه بوطئه مع وقوع الثالثة عليه، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون حين أولج نزع ولم يعاود، فلا حد عليه.

والثاني: أن يكون قد نزع ثم عاد، فعليه الحد.

والثالث: أن يستديمه بعد الإيلاج من غير نزع، ففي وجوب الحد وجهان.

فصل: وإن كانت مختلعة حين قال لها: كلما أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق ، ثم طلقها واحدة، لم تطلق بالمباشرة ولا بالصفة، لأن المختلعة لا يلحقها طلاق.

ولو كانت غير مختلعة، فقال لها: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ، ثم خالعها بطلقة واحدة، طلقت بها، ولم تطلق غيرها بوقوعها؛ لأنها قد بانت بالخلع، كما بانت بالثلاث.

فصل: ولو قال لها: كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم وكل في طلاقها، فطلقها الوكيل واحدة، لم تطلق غيرها، لأن طلاق الوكيل ليس هو فعل الزوج وإن لزمه حكمه.

ولو كان قال لها: كلما وقع عليك طلاقي، ثم طلقها وكيله واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: لا تطلق غيرها، كما لو قال لها: كلما طلقتك، لأن فعل الوكيل ليس من فعله.

والوجه الثاني: أنها تطلق ثلاثاً، كما لو كان هو المطلق لها، واحدة: بمباشرة الوكيل، وثانية: بالأولى، وثالثة: بالثانية، لأن طلاق الوكيل واقع من جهة الموكل، وإن لم يكن من فعله.

فصل: ولو قال وله أربع زوجات وعبيد: كلما طلقت واحدة منكن، فواحد من عبيدي حر، وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران، وكلما طلقت ثلاثاً فثلاثة أعبد أحراراً، وكلما طلقت أربعاً فأربعة أعبد أحراراً. فطلاق الأربع كلهن، عتق عليه خمسة عشر عبداً.

ووجه ذلك: أنه علق العتق بالآحاد، وبالاثنين، وبالثلاث، وبالأربع، وفي الأربع

أربعة آحاد، فعتق بهن أربعة عبيد، وفيهن اثنان واثنان، فعتق بهن أربعة عبيد. وفيهن ثلاث واحدة، فعتق ثلاثة عبيد، وهنٰ أربع واحدة، فعتق أربعة عبيد، فصار ذلك خمسة عشر عبداً: أربعة، وأربعة، وثلاثة، وأربعة.

وإن شئت أن تعرف ذلك بطلاق كل واحدة منهن: فإن طلاق الأولى يعتق به عبد واحد، وطلاق الثانية يعتق به ثلاثة أعبد؛ وأنه قد جمع فيها صفتان: أنها واحدة، وأنها ثانية. وطلاق الثانية يعتق به أربعة عبيد، لأنه قد اجتمع فيها صفتان: أنها واحدة، وإنها ثالثة. وطلاق الرابعة يعتق سبعة عبيد، لأنه اجتمع فيها ثلاث صفات: أنها واحدة، وأنها ثانية، وأنها رابعة، هذا هو أصح ما قيل فيها.

ومن أصحابنا من أعتق بهن سبعة عشر عبداً، وزاد عبدين بالثالثة، وجعل فيها ثلاث صفات: صفة الواحدة، وصفة الاثنتين والثالثة، وصفة الثلاث.

ومن أصحابنا من أعتق بهن عشرين عبداً، وبه قال أصحاب أبي حنيفة، وجعلوا في الرابعة أربع صفات: صفة الواحدة، وصفة الاثنتين، وصفة الثلاث لأن الثانية والثالثة والرابعة ثلاث، وصفة الرابعة. فأعتق بالأولى عبداً، وبالثانية ثلاثة، وبالثالثة، ستة، وبالرابعة عشرة.

وكلا المذهبين خطأ، والأول هوالأصح، لأن الاثنتين والثلاث إنما يتكرر بعد كمال عددها الأول. ألا تراه لو قال: كلما أكلت نصف رمانة، فعبد من عبيدي حر، فأكل رمانة، عتق عليه عبدان، لأن الرمانة لها نصفان. ولا يجوز أن يقال: يعتق عليه ثلاثة أعبد: عبد بالنصف الأول، وعبد ثالث إذا أكل الربع الثالث، لأنه يكون مع الربع الثاني نصفاً، وعبد ثالث إذا أكل الباقي لأنه مع الربع الثالث يكون نصفاً، فيعتق عليه ثلاثة أعبد. ويكون هذا فاسد. لأنه لا يكون نصف ثان إلا بعد كمال النصف الأول، فلا يكون في الواحد أكثر من نصفين. كذلك الأربعة لا يكون فيها أكثر من اثنين واثنين، ولا يجوز أن يتداخل ذلك في بعض، كما لا يجوز أن يتداخل في الرمانة أحد النصفين في الآخر.

وبهذا التعليل ما وهم فيه أبو الحسن بن القطان من أصحابنا، ولم يعتق عليه في هذه المسألة إلا عشرة أعبد: واحد، واثنين، وثلاثة، وأربعة. وهذا وهم فاسد؛ لأن العدد لا يتداخل في مثله، ويجوز أن يتداخل في غيره. والآحاد موجودة في الأربعة، فتضاعفت، والاثنان تتضاعف في الأربعة ولا تضاعف الاثنتان من اثنين، ولا الثلاثة من ثلاثة، ففسد ما

قاله ابن القطان في اقتصاره على عتق عشرة، كما فسد ما قاله غيره في عتقه سبعة عشر، وفي عتقه عشرين، وكان الصحيح عتق خمسة عشر عبداً من الوجهين المذكورين في التعليل.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذا لَمْ أُطَلِّقْكِ، أَوْ مَتَى مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ، فَسَكَتَ مُدَّةً يُمْكِنُهُ فِيهَا الطَّلَاقُ، طُلِّقَتْ. وَلَوْ كَانَ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى نَعْلَمَ أَنَّهُ لَا يُطَلِّقُهَا بِمَوْتِهِ. قَالَ المزني رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: فَرَّقَ الشَّافِعِيُّ بَيْنَ «إِذَا» وَ«إِنْ» فَأَلْزَمَ فِي «إِذَا» لَمْ نَفْعَلْهُ مِنْ سَاعَتِهِ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ فِي «إِنْ» إِلَّا بِمَوْتِهِ، أَوْ بِمَوْتِهَا)[1].

قال الماوردي: اعلم أن الألفاظ المستعملة في شروط الطلاق سبعة: إن، وإذا، ومتى، وما، وأي وقت، وأي زمان، وأي حين. ولها إذا استعملت في شروط الطلاق، ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تتجرد عن عوض، وأن لا يدخل عليها «لم» الموضوعة للنفي.

والحال الثانية: أن لا يقترن بها العوض، .

والحال الثالثة: أن تدخل عليها «لم» الموضوعة للنفي.

فأما القسم الأول: وهو أن تتجرد الألفاظ السبعة عن العوض، ولا تدخل عليها «لم»، فلا تكون هذه الألفاظ السبعة مستعملة إلا في تعليق الطلاق بوجود الشرط، فيعتبر بوجود ذلك الشرط أبداً ما لم يفت، من غير أن يراعى فيه الفور، ويكون على التراخي فإذا وجد الشرط، وقع به الطلاق إذا كان قبل موت أحدهما بطرفة عين.

فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإذا دخلت الدار، أو متى ما دخلت، أو أي وقت دخلت الدار، أو أي زمان دخلت الدار، أو أي حين دخلت الدار، فأنت طالق، كانت هذه الألفاظ السبعة كلها على التراخي لتعلقها بوجود شرط، لا يختص بزمان دون غيره. فمتى وجد الشرط قريباً أو بعيداً، تعلق به الحكم، ووقع به الطلاق إذا كان قبل الموت. فلو لم تدخل الدار حتى مات الزوج، ثم دخلت، لم تطلق وإن كان الشرط موجوداً، لأن الطلاق لا يقع بعد موت الزوج، فصار الشرع رافعاً لحكم الشرط بالموت.

فإن قيل: فقد قلتم في كتاب الخلع: إذا قال لها: أنت طالق إن شئت، أنه على

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٣.

الفور، وأنت طالق إذا شئت، أنه على التراخي، وسويتم ها هنا بين قوله، أنت طالق إن دخلت الدار، وأنت طالق إذا دخلت الدار، أنهما على التراخي.

قيل: قد ذكرنا في كتاب الخلع الفرق بين قوله: «أنت طالق إذا شئت أنه على التراخي»، «وأنت طالق إن شئت أنه على الفور».

فأما الفرق بين قوله: أنت طالق إن دخلت الدار، فيكون على التراخي. وبين قوله: أنت طالق إن شئت، فيكون على الفور. وهو أنه إذا علق الطلاق بمشيئتها، فهو تخيير، ومن حكم التخيير أن يكون على الفور، وإذا علقه بدخول الدار، فهو صفة مشروطة يتعلق الحكم بها متى وجدت، فلذلك صار على التراخي.

فصل: وأما القسم الثاني. وهو أن يقترن بها العوض، فينقسم حكم الألفاظ السبعة بدخول العوض عليها قسمين:

أحدهما: ما يكون مع اقتران العوض به على التراخي أيضاً، وهو خمسة ألفاظ: متى، ومتى ما، وأي وقت، وأي زمان، وأي حين. فإذا قال: متى أعطيتني ألف درهم، فأنت طالق، أو متى ما أعطيتني، أو أي وقت أعطيتني، أو أي زمان أعطيتني، أو أي حين أعطيتني، كان الحكم في هذه الألفاظ الخمسة كلها على التراخي، ففي أي وقت أعطته الألف من عاجل أو آجل طلقت.

والثاني: ما يصير باقي العوض به على الفور، وهو لفظتان: إن، وإذا. فإذا قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، أو إذا أعطيتني ألفاً فأنت طالق، روعي في وقوع الطلاق بدفعها أن يكون على الفور في الزمان الذي يصح فيه الفور، وإنما كان كذلك، لأن «إذا» و«إن» من حروف الصفات، فإذا اقترن بها العوض صار الحكم له، وصارا من صفاته. ومن حكم المعاوضات أن يكون قبولها على الفور، وليس كذلك ما قدمناه من الألفاظ الخمسة، لأنها أسماء صريحة في الوقت، فصار حكمها لقوته أغلب من حكم العوض، فصارت على التراخي لتساوي الأوقات فيها، وصار كالقياس الذي إن قوي على تخصيص العموم وبيان المجمل ضعف من مقابلة النص وتغيير حكمه.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يدخل على الألفاظ السبعة «لم» الموضوعة للنفي، فتنقسم أيضاً قسمين:

أحدهما: وهو خمسة ألفاظ تصير بدخول لم عليها موجبة للفور، وإن كانت قبل دخولها موجبة للتراخي، وهي: متى، ومتى ما، وأي وقت، وأي زمان، وأي حين.

فإذا قال: متى لم تدخلي الدار فأنت طالق، أو متى ما لم تدخلي الدار، أو أي وقت لم تدخلي، أو أي زمان لم تدخلي، أو أي حين لم تدخلي الدار فأنت طالق، فإنها تكون على الفور. فمتى مر عليها بعد هذا القول زمان يمكن دخول الدار فيه فلم تدخل، طلقت. وإنما اختلف حكمها بدخول لم عليها، لأن إذا تجردت عن «لم»، فالطلاق مشروط بوجود الصفة. ففي أي زمان وجدت وقع بها الطلاق، فصارت على التراخي. وإذَا أُدْخل عليها «لم» الموضوعة للنفي، صار الطلاق مشروطاً بعدم الصفة، وهي معدومة في أول زمان المكنة، فلذلك صارت على الفور، ووقع الطلاق.

والقسم الثاني: وهما للفظتان: «إن» و«إذا»، إذا دخل عليهما «لم» الموضوعة للنفي. فالذي نص عليه الشافعي، ونقله المزني ها هنا: أنه إذا قال: أنت طالق إذا لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك، فسكت مدة يمكنه فيها الطلاق، طلقت، فحصل ذلك على الفور.

ولو كان قال: إن لم أطلقك، لم يحنث حتى يعلم أنه لايطلقها بموته، أو موتها، فجعل ذلك على التراخي.

وفرق بين «إذا» و«إن»، فلا وجه لتسوية أبي علي بن أبي هريرة بينهما، لمخالفة النص وظهور الفرق.

وأما أبو حنيفة: فسوي بين إذا وإن في هذا الموضع، في أنها على التراخي، لا يقع طلاق الحنث إلاّ أن يفوت طلاق المباشرة بالموت، فجعل حكم إذا عنده كحكم إن عندنا.

وما قاله الشافعي من أن «إذا» في هذا الموضع على الفور، و«إن» على التراخي. والفرق بينهما من ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو فرق أبي حامد المروزي: أن «إذا» موضوع لليقين والتحقيق، و«إن» موضوع للشك والتوهم، لأنه يحسن أن يقال: إذا جاء يوم الجمعة جئتك، ولا يحسن أن يقال: إن جاء يوم الجمعة جئتك، لأن مجيء يوم الجمعة يقين وليس بمشكوك فيه. ويحسن أن يقال: إن جاء المطر في يوم الجمعة أقمت، ولا يحسن أن يقال: إذا جاء المطر في يوم الجمعة أقمت، لأن مجيء المطر فيه شك وتوهم ليس بيقين، ولذلك قال: ﴿إِذَا

الشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾[١] لأن تكويرها يقين، فلما كان «إذا» مستعملاً في اليقين والتحقيق، فإذا مضى زمان المكنة استقر حكمه، فصار على الفور. ولما كان «إن» مستعملاً في الشك والتوهم، لم يستقر حكمه إلا بالفوات، فصار على التراخي.

والفرق الثاني: وهو فرق أبي القاسم الداركي: أن «إذا» مستعمل في الأوقات، و«إن» مستعمل في الأفعال. ألا ترى لو قال رجل: متى تأتني، يحسن في جوابه، أن تقول: إذا شئت، ومتى شئت، ولم يحسن في الجواب أن تقول: إن شئت. فإذا قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، كان على الفور؛ لأن وقت المكنة قد مضى.

والفرق الثالث: وهو فرق أبي الحسن الفرضي: أن «إذا» اسم فكان أقوى عملاً، فلذلك كان على الفور، و«إن» حرف فكان أضعف عملاً، فلذلك كان على التراخي.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من الفرق بين «إذا» و«إن»، فقال لها: إذا لم أطلقك فأنا طالق، فمتى أمسك عن طلاقها بعد هذا القول زمناً يمكنه أن يطلقها فيه، بأن يقول: أنت طالق، فقد طلقت إلا أن يموت أحدهما عقيب كلامه، في الحال من غير فصل يمكنه إيقاع طلاقها فيه، فلا يطلق لأن زمان المكنة لم يوجد، والطلاق بعد الموت لا يقع.

ولو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، لم تطلق إلا أن يفوته طلاقها بموته أو موتها، فتطلق حينئذ ثم ينظر: فإن فات الطلاق بموتها، وقع الطلاق قبل موتها بزمان يضيق عن قوله فيه أنت طالق، ولا ميراث له منها إن كان الطلاق ثلاثاً، وله الميراث إن كان دونها. وإن فات الطلاق بموته وقع الطلاق قبل وقته في آخر زمان قدرته، إذا ضاق عن قوله فيه: أنت طالق، فوقع الطلاق بموته قبل زمان قدرته، وبموتها قبل زمان الموت. لأن الطلاق من جهته، فروعي فيه آخر أوقات القدرة، وتكون كالمبتوتة في المرض فترثه.

وإن كان الطلاق ثلاثاً على قول من يورث المبتوتة، فإن قيل: فإذا وجب وقوع الطلاق بالموت، فهلا منعتم من وقوعه، كما لو قال لها: إذا مت فأنت طالق، فمات، لم تطلق؟.

قيل: لأن تعليق الطلاق بالموت توجد فيه الصفة بعد زوال ملكه بالموت، فلذلك لم

---

(١) سورة التكوير، الآية: ١.

يقع. وليس كذلك في مسألتنا، لأنها صفة توجد في حال الحياة، وإن علم فواتها بالموت، فلذلك وقع.

فصل: ثم يتفرع على هذه المسألة، أن يقول لها: كلما لم أطلقك فأنت طالق، فإذا مضى عليها بعد هذا القول ثلاثة أوقات يمكنه في كل وقت منها أن يقول لها فيه: أنت طالق، فقد طلقت ثلاثاً. لأن كلما موضوع للتكرار، فإذا مضى الوقت الأول طلقت واحدة، ثم إذا مضى الوقت الثاني وهي مدخول بها طلقت ثانية، فإذا مضى الوقت الثالث طلقت ثلاثاً. ولو كانت غير مدخول بها لم تطلق إلا واحدة، لأنها قد بانت بها.

وهكذا لو كانت مدخولاً بها، ووضعت حملها بعد الوقت الأول، وقبل دخول الوقت الثاني، لم تطلق غير الأولى لأنها قد بانت بعدها بوضع الحمل فلم يقع عليها طلاق، ولو كانت مدخولاً بها فخالعها في الوقت الأول، طلقت بالخلع دون الحنث، ولا يقع عليها بدخول الوقت الثاني والثالث طلاق، لأن المختلعة بائن لا يلحقها طلاق.

فصل: فإذا قال لها: إن لم أطلقك اليوم، فأنت طالق اليوم. فلم يطلقها في اليوم حتى مضى، لم تطلق، لأن مضي اليوم شرط في وقوع الطلاق، ولا يقع الطلاق فيه بعد مضيه لامتناع صفته.

فصل: ولو قال وله أربع نسوة: أيتكن وقع عليها طلاقي، فصواحبها طوالق. ثم طلق واحدة منهن، طلقن كلهن ثلاثاً ثلاثاً، لأن طلاقه للواحدة موقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة، ووقوع هذه الواحدة على كل واحدة منهن موقع للطلاق على صواحبها، وهي ثلاث كل واحدة ثلاث.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ، فَقُدِمَ بِهِ مَيِّتاً أَوْ مُكْرَهاً، لَمْ تُطَلَّقْ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال لها: إذا قدم زيد فأنت طالق، فلا يخلو قدوم زيد من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقدم بنفسه مختاراً للقدوم، عالماً لليمين، فالطلاق واقع، سواء قدم من

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

مسافة بعيدة يقصر في مثلها الصلاة، أومن مسافة قريبة لا يقصر في مثلها الصلاة؛ لأنه في الحالين قادم. وسواء كان صحيحاً أو مريضاً، لأنه فعل القدوم بنفسه.

والقسم الثاني: أن يقدم بزيد ميتاً، أو مكرهاً محمولاً، فلا طلاق عليه، لأنه جعل صفة الطلاق فعل زيد للقدوم. فإذا قدم بزيد ميتاً أو مكرهاً، فهو مفعول به وليس بفاعل، فلم توجد صفة الطلاق، فلم يقع.

والقسم الثالث: أن يقدم زيد بنفسه مكرهاً مخوفاً غير مختار، ففي وقوع الطلاق قولان:

أحدهما: يقع لوجود القدوم منه، فاستوى فيه المكره والمختار.

والقول الثاني: لا يقع لعدم القصد، فأشبه المحمول. وهكذا حكم الإكراه على الأكل والفطر على هذين القولين.

والقسم الرابع: أن يقدم زيد وهو غير عالم بيمين الحالف، أو علم بها، فقدم ناسياً لليمين، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون القصد باليمين منع زيد من القدوم، إما لإن زيد سلطان لا يمتنع من القدوم بيمين هذا الحالف، أو يكون مجنوناً، أو صغيراً لا قصد له. فالطلاق ها هنا واقع بقدومه، لأنه طلاق بصفة محضة لا يراعى فيها القصد، وقد وجدت، فوقع بها الطلاق. كما لو قال: إذا دخل الحمار هذه الدار، أو طار الغراب، فأنت طالق؛ فدخل الحمار وطار الغراب، وقع الطلاق وإن كان من غير ذي قصد.

والضرب الثاني: أن يقصد الحالف يمينه منع زيد من القدوم، لأنه ممن يقبل قوله أو يتمثل أمره، فهذه يمين محضة، وفي وقوع الطلاق بها، بقدوم زيد من غير قصد ولا علم، قولان من حنث الناس في قول البغداديين.

وقال البصريون أصحابنا: يحنث قولاً واحداً، لأن القصد إنما يراعى في فعل الحالف لا في فعل المحلوف عليه. لأن الحالف لا بد أن يكون ذا قصد، فجاز أن يراعي القصد في أفعاله، وقد يجوز أن يكون المحلوف عليه غير ذي قصد، فلم يراع القصد في أفعاله. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ إِذَا رَأَيْتُهُ فَرَآهُ فِي تِلْكَ الحَالِ حَنَثَ)(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأنه قال: إذا رأيت زيداً فأنت طالق، فقد علق طلاقها برؤيتها لزيد. فإذا رأته ميتاً، أو رأته مجنوناً، أو مكرهاً محمولاً، وقع الطلاق لوجود الرؤية منها، فحصلت صفة الحنث، ووقع بها الطلاق.

فلو كان زيد في مقابلة مرآة، فاطلعت في المرآة صورة زيد فيها، أو أطلعت في الماء وزيد في مقابلة الماء فرأت صورته فيه، لم تطلق، لأنها لم تره، وإنما رأت مثاله، وصار كرؤيتها لزيد في المنام، فإنه لا يقع بها طلاق.

فإن رأت زيداً من وراء زجاج شفاف لا يمنع من مشاهدة ما وراءه، فإن كان حائلاً وقع الطلاق بخلاف رؤيته في المرأة، لأنها رأت ها هنا جسم زيد، ورأت في المرآة مثال زيد، ولا يكون الزجاج الحائل مع وجود الرؤية من ورائه، مانعاً له منها.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ حَلَفَ لَا تَأْخُذ مَالَكَ عَلَيَّ ، فَأَجْبَرَهُ السُّلْطَانُ فَأَخَذَ مِنْهُ المَالَ حَنَثَ وَلَوْ قَالَ لَا أُعْطِيكَ، لَمْ يَحْنَثْ)(٢).

قال الماوردي: ولهذه المسألة مقدمة، وهي: فمن حلف على نفي فعل، فوجد الفعل بغير قصد ولا اختيار، إما على وجه الإكراه، وإما على وجه النسيان؛ فاليمين على ضربين:

أحدهما: أن تكون معقودة على نفي فعل الحالف.

والثاني: أن تكون معقودة على نفي فعل غير الحالف.

فإن كانت على نفي فعل الحالف فصورتها في الطلاق: إن دخلت الدار فأنت طالق، فهل يكون قصد الدخول معتبراً في حنثه أم لا؟ على قولين:

وإن كانت على نفي فعل غيره، فهو أن يقول: إن دخل زيد الدار فأنت طالق، اختلف أصحابنا فيه.

فذهب البغداديون منهم إلى أن قصد زيد للدخول، هل يكون معتبراً في الحنث أم لا؟ على قولين، كما يكون في فعل الحالف على قولين.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٤.

وذهب البصريون: إلى أن القصد في فعل المحلوف عليه غير معتبر في الحنث قولاً واحداً، وإن كان اعتباره في فعل الحالف على قولين.

والفرق بينهما: ما قدمناه من أن اليمين لا تكون إلا من ذي قصد، فجاز أن يكون القصد في فعله معتبراً، وقد يكون على غير ذي قصد، فلم يكن القصد في فعله معتبراً.

وظاهر كلام الشافعي ها هنا، أشبه بما قاله البصريون، لأنه قال: ولو حلف لا يأخذ مالك علي، فأجبره السلطان، فأخذ منه المال حنث. ولو قال: لا أعطيك لم يحنث، فحنثه مع فقد القصد من المحلوف عليه، ولم يحنثه مع فقد القصد من الحالف؛ ولو استوى القولان فيهما لسوى في الحنث بينهما.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا، فقد ذكر الشافعي في هذه المسألة فصلين:

أحدهما: أن يحلف بالطلاق على صاحب دين عليه، أنك لا تأخذ مالك علي، فصار المال إليه، فله فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأخذ المال مختاراً لأخذه، فالطلاق واقع، سواء دفعه الحالف مختاراً أو مكرهاً، أو أخذ المال بنفسه سراً أو جهراً، لأن الحنث معلق بالأخذ، وقد وجد في هذه الأحوال كلها. وهكذا لو أخذ المال من وكيله أو من متطوع عليه بالقضاء، حنث بوجود الأخذ، إلا أن يكون الحالف قال: لا تأخذ مني مالك علي، فإذا أخذه من غيره لم يحنث.

والحال الثانية: أن يأخذه وكيله فلا حنث على الحالف، لأن المحلوف عليه لم يأخذ المال، وإنما أخذه وكيله، فلم توجد صفة الحنث. وسواء أخذه الوكيل بأمره، أو غير أمره.

والحال الثالثة: أن يأخذ المال عرضاً أو حوالة، فلا حنث عليه أيضاً، لأنه قد بذل المال ولم يأخذ عين المال، فلم توجد صفة الحنث.

والحال الرابعة: أن يأخذ السلطان المال ويضعه في حرز صاحب الدين أو في حجره، فلا حنث أيضاً، إلا أن يستأنف المحلوف أخذ ذلك من حرزه أو حجره، فيحنث الحالف حينئذ لوجود الآخذ الآن.

والحال الخامسة: أن يخوفه السلطان فيأخذ المال مكرهاً، فعلى ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا.

فعلى مذهب البغداديين: هل يكون حنث الحالف على قولين، تسوية بين عدم الفعل من المحلوف عليه وبين علمه من الحالف؟ وعلى مذهب البصريين: يحنث الحالف قولاً واحداً، لأن القصد لا يراعى من غير الحالف، وقد وجد، فوجب أن يقع الحنث.

فصل: والفصل الثاني: أن يحلف بالطلاق، أن لا يعطيه ماله؛ فله في أخذ المال منه سبعة أحوال:

أحدها: أن يدفعه إليه بنفسه مختاراً فيحنث، سواء أخذ المال منه باختيار أو غير اختيار، لأن الحنث معلق بالعطاء دون الأخذ، وقد وجد فوقع الحنث.

والحال الثانية: أن يدفع المال إلى وكيله، فلا يحنث سواء أخذه الوكيل بأمره أو غير أمره، لأنه أعطى غيره ولم يعطه.

والحال الثالثة: أن يتولى وكيله دفع المال إليه، فلا حنث سواء دفعه الوكيل بأمره أو غير أمره؛ لأن المعطي غيره.

والحال الرابعة: أن يعطيه المال عرضاً أو حوالة فلا يحنث، لأنه أعطى بدل المال، ولم يعط المال.

والحال الخامسة: أن يأخذه السلطان من ماله جبراً فيعطيه، فلا حنث، كدفع الوكيل.

والحال السادسة: أن يخوفه السلطان على دفعه، فيعطيه إياه مكرهاً، ففي حنثه قولان.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتِهِ فَأَنْتِ طَالِقٌ حَيْثُ يَسْمَعُ حَنَثَ، وَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ لَمْ يَحْنَثْ. وَإِنْ كَلَّمَتْهُ مَيِّتاً، أَوْ حَيْثُ لاَ يَسْمَعُ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ كَلَّمَتْهُ مُكْرَهَةً لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ كَلَّمَتْهُ سَكْرَانَةً حَنَثَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال لها: إن كلمت زيداً فأنت طالق، فكلمته مختارة كلاماً سمعه، سواء قلَّ الكلام أو كثر، أجاب زيد عنه أو لم يجب، لأن الكلام قد وجد.

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

وإن كلمته فلم يسمع، نظر: فإن كان بحيث يجوز أن يسمع لقربه، فلم يسمع لشغله حنث، لأنه قد يقال: كلمت فلاناً فلم يسمع، فصارت مكلمة له. وإن كان بحيث لا يجوز أن يسمع لبعده، لم يحنث لأنها لا تكون مكلمة له، إلا إذا كان الكلام واصلاً إليه، وإلا فهي متكلمة وليست مكلمة. ولو كلمته وهو أصم لا يسمع كلامها، فإن كان بحيث لا يجوز أن يسمعه لو كان سميعاً، لم يحنث، وأن كان بحيث يجوز أن يسمعه، لو كان سميعاً ففي حنثه وجهان:

أحدهما: يحنث، كما لو كلمت سميعاً فلم يسمع.

والوجه الثاني: لا يسمع، لإن مثله غير مكلم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُسْمِعُ الصُّمَّ الدُّعَاءَ إِذَا وَلَّوْا مُدْبِرِينَ﴾(١).

ولو كلمته وهو حي حنث، ولو كلمته وهو مجنون مغلوب عليه، لم يحنث، لأن مثله لا يكلم، وكذلك لو كلمته وهو ميت، والنائم والميت لا يكلمان، فإن الله تعالى يقول: ﴿فَإِنَّكَ لَا تُسْمِعُ الْمَوْتَى﴾(٢).

فإن قيل: فقد وقف رسول الله ﷺ على قتلى بدر، وهم في القليب فقال: «هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا؟» قِيلَ: يَارَسُولَ اللَّهِ أَتُكَلِّمُ أَمْوَاتاً لَا يَسْمَعُونَ، فَقَالَ: «إِنَّهُمْ لَأَسْمَعُ مِنْكُمْ، وَلَكِنَّهُ لَا يُؤْذَنُ لَهُمْ فِي الْجَوَابِ»(٣)، فصار الميت ممن يجوز أن يكلم، فاقتضى أن يقع الحنث بكلامها له ميتاً.

قيل: هذا هو الحجة على أن الميت لا يكلم، لأنهم أنكروا كلامه لهم. ولو كان الميت مكلماً ما أنكروه. وقد يجوز أن يكون الله تعالى رد أرواحهم إليه حين كلمهم معجزة خص بها رسوله ﷺ، كما يعيد أرواحهم لسائله منكر ونكير.

ولو كلمته وهو سكران لا يشعر بالكلام ولا يسمعه، لم يحنث، لأنه مثله لا يكلم، كالنائم والمجنون.

فصل: ولو كاتبته، لم يحنث، لأن الكتابة لا تكون كلاماً، وإن قامت في الإفهام مقام الكلام. وهكذا لو راسلته لم يحنث؛ لأن الرسول هو المتكلم دونها، وإن كان مبلغاً عنها.

---

(١) سورة الروم، الآية: ٥٢.

(٢) سورة الروم، الآية: ٥٢.

(٣) حديث أنس بن مالك: أخرجه أحمد ٣/ ١٠٤ و ١٨٢ ومسلم في الجنة (٢٨٧٤).

ولو أشارت إليه بالكلام إشارة فهم بها مرادها، فإن كان ناطقاً سميعاً، لم يحنث بإشارتها إليه، قال الله تعالى: ﴿آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِياً، فَخَرَجَ عَلَى قَوْمِهِ مِنَ الْمِحْرَابِ فَأَوْحَىٰ إِلَيْهِمْ أَنْ سَبِّحُوا بُكْرَةً وَعَشِياً﴾[1] فلم يجعل الإشارة كلاماً، وإن قامت مقامه في الإفهام.

وإن كان زيد أصم لا يسمع الكلام إلا بالإشارة، ففي حنثه بإشارتها إليه قولان:

أحدهما: لا يحنث؛ لأن الإشارة ليست كلاماً.

والوجه الثاني: يحنث؛ لأنه هكذا يكلم الأصم.

ولو كلمت رجلاً آخر كلاماً سمعه زيد، لم يحنث؛ لأنها مكلمة لغيره. ولو كلمت الحائط كلاماً لم يسمعه إلا زيد، ففي حنثه وجهان:

أحدهما: لا يحنث، كما لو كلمت غيره فسمعه.

والوجه الثاني: يحنث، لأن الحائط لا يكلم، فصار الكلام متوجهاً إلى من يجوز أن يكلم، ولو سلمت على جماعة وفيهم زيد، فإن لم تعزله بنيتها حنث، وإن عزلته بنيتها ففي حنثه وجهان.

فصل: ولو كلمت زيداً وهي نائمة، لم يحنث، لأن كلام النائم هذيان، وهكذا لو كلمته وهي مجنونة فلا حنث عليها، أو في إغماء قد أطبق لم يحنث، لأنه لا يكون ذلك منها في العرف كلاماً.

ولو كلمته وهي سكرانه لا تعقل، فإن كان سكر غير معصية لم يحنث كالإغماء، وإن كان سكر معصية حنث، لأن طلاق السكران واقع كطلاق الصاحي. وإن خرج قول آخر في طلاق السكران: أنه لا يقع لم يحنث ها هنا.

ولو كلمته ناسية، حنث على مذهب البصريين، وعند البغداديين على قولين. ولو كلمته مكرهة، كان في حنثه على مذهب البغداديين قولان، ومن البصريين من وافقهم على تخريج القولين ها هنا، لأن ما لا يقصد من الكلام ليس بكلام، فجرى مجرى هذيان النائم.

---

(١) سورة مريم، الآيتان: ١٠ و ١١.

فصل: وإذا قال الرجل لزوجته إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، وقالت الزوجة: إن بدأتك بالكلام فعبدي حر، انحلت يمين الزوج، لأنه قد خرج بقولها: إن بدأتك بالكلام فعبدي حر، من أن يكون بادئاً لها بالكلام. فإن بدأها الزوج بعد ذلك بالكلام، انحلت يمين الزوجة، ولم يحنث الزوج، لأنها خرجت بما بدأها الزوج به من الكلام، أن تكون بادئة له بالكلام. وإن بدأته بالكلام حنث، وعتق عبدها.

فصل: وإذا قال لزوجته إن أمرتك بأمر فخالفتيني، فأنت طالق. ثم قال لها؛ إن لم تصعدي السماء فأنت طالق، كان في طلاقها وجهان:

أحدهما: قد طلقت، لأنها لم تفعل ما أمرها.

والوجه الثاني: لا تطلق، لأن الأمر في العرف، ما أمكن إجابة المأمور إليه، وهذا غير ممكن.

فصل: في الفرق بين الطلاق بصفة، وبين اليمين بالطلاق. والطلاق بصفة: أن يعلق طلاقها بشرط لا تقدر على دفعه، كقوله: أنت طالق إذا طلعت الشمس أو إذا دخل رأس الشهر، أو إذا قدم الحاج، أو إذا جاء المطر، أو إذا نعب الغراب، أو إذا حضت، أو إن ولدت، أو إن شئت، فهذا كله وما شاكله تعليق الطلاق بصفة. فإذا قال: إن حلفت بطلاقك، فأنت طالق، ثم قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو إذا قدم الحاج فأنت طالق، أو إذا جاء المطر فأنت طالق، لم يحنث ولم يلزمه الطلاق، لأنه في هذه الأحوال مطلق بصفة، وليس بحالف بالطلاق.

وأما اليمين بالطلاق فهو: ما منع بها من فعال، وحث بها على فعل أو قصد تصديق نفسه، أو غيره على شيء.

فالتي يمنع بها من فعل، أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالق.

والتي يحث بها على فعل، أن يقول: إن لم تدخلي الدار فأنت طالق.

والتي قصد بها التصديق على فعل، أن يقول: إن لم أكن دخلت الدار، فأنت طالق فهذا كله حلف بالطلاق.

فلو قال لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، حنث وطلقت منه، لأنه قد حلف بطلاقها. فإن كانت غير مدخول بها، لم تطلق بدخول الدار،

لأنها قد بانت بالأولى. وإن كانت مدخولاً بها، طلقت ثانية بدخولها. فلو قال لها: إن دخل زيد الدار، فأنت طالق، فإن كان زيد ممن يطيعه، ويمتنع من الدخول بقوله، فهي يمين بالطلاق. وإن كان زيد سلطاناً أو ذا قدرة لا يطيعه، ولا يمتنع من الدخول بقوله، فهو طلاق بصفة، وليس بيمين، هذا مذهبنا.

وقال أبو حنيفة: كل هذا يمين كالطلاق، إلا في ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يقول لها: أنت طالق إذا حضت، أو أنت طالق إذا طهرت، أو أنت طالق إذا شئت، لأن المقصود بقوله: إذا حضت أو طهرت، أن يوقعه للسنة والبدعة، والمقصود بقوله: إن شئت التمليك الذي يراعى فيه الرد والقبول. فأما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر، أو إذا طلعت الشمس فأنت طالق، فإنها يمين بالطلاق، لأنه تعليق طلاق بصفة، فأشبه قوله: إن دخلت الدار.

وهذا خطأ؛ لأن اليمين ما قصد بها المنع من شيء، أو الحث على شيء، أو التصديق على شيء، وما خرج عن هذا فليس بيمين كقوله: إذا حضت أو طهرت.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، تفرع عليه أن يقول لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم يعيده ثانية، فيقول: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، فإنه يحنث وتطلق منه واحدة، لأنه قد صار بإعادة اللفظ حالفاً بطلاقها. فلو أعاده ثالثة، فقال: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، طلقت ثالثة باليمين الثالثة. ولا فرق في هذا الموضع بين قوله: كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق، وبين أن يقول: كلما في وجود التكرار، ووقوع الطلاق بتكرار الأيمان، إلا أن تكون غير مدخول بها، فلا تطلق إلا الأولى وحدها، لأنها قد بانت بها.

فرع: وإذا كان له زِوجتان مدخول بها وغير مدخول بها، فقال لهما: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، ثم أعاده ثانية، فقال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، حنث وطلقت كل واحدة منهما واحدة، إلا أن طلاق غير المدخول بها، بائن، وطلاق المدخول بها رجعي.

فإن أعاد ذلك ثالثة، فقال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، لم تطلق واحدة منهما. أما غير المدخول بها، فلأنها قد بانت. وأما المدخول بها، فلأن وقوع الطلاق عليها بأن يكون حالفاً بطلاقها، وهو غير حالف بطلاق غير المدخول بها، لأن بعد بينونتها لا يكون حالفاً بطلاقها.

فرع: وإذا كان له زوجتان، حفصة وعمرة، فقال: يا حفصة إن حلفت بطلاق عمرة فأنت طالق، ثم قال: يا عمرة إن حلفت بطلاق حفصة فأنت طالق، طلقت حفصة لأنه قد صار حالفاً بطلاق عمرة، ولم تطلق عمرة لأنه لم يصر حالفاً بطلاق حفصة.

فإن أعاد ذلك ثانية فقال: يا حفصة إن حلفتُ بطلاق عمرة فأنت طالق، ويا عمرة إن حلفت بطلاق حفصة فأنت طالق، طلقت عمرة واحدة لأنه قد صار حالفاً بطلاق حفصة، وطلقت حفصة ثانية لأنه قد صار حالفاً بطلاق عمرة. فإن أعاد ذلك ثالثة، فقال: يا حفصة إن حلفت بطلاق عمرة فأنت طالق، ويا عمرة إن حلفت بطلاق حفصة فأنت طالق، طلقت حفصة ثالثة، وطلقت عمرة ثانية.

فإذا أعاد ذلك رابعة، لم تطلق واحدة منهما، وصار الطلاق الواقع على حفصة ثلاثاً، والطلاق الواقع على عمرة اثنتين. وإنما كان كذلك، لأن حفصة بعد استكمال طلاقها، لا يقع عليها طلاق، ولا يكون حالفاً عليها بالطلاق، فلم تطلق بعمرة لاستكمالها للثلاث، ولم تطلق بها عمرة لأنه لم يصر حالفاً على حفصة بالطلاق.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لِمَدْخُولٍ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ وَقعَتِ الأُولَى، وَسُئِلَ مَا نَوَى فِي الثِّنْتَيْنِ بَعْدَهَا، فَإِنْ أَرَادَ تَبْيِينَ الأُولَى فَهِيَ وَاحِدَةٌ وَمَا أَرَادَ، وَإِنْ قَالَ: لَمْ أُرِدْ طَلَاقاً لَمْ يَدِين فِي الأُولَى، وَدِينَ فِي الثِّنْتَيْنِ)**[1].

قال الماوردي: وصورتها: أن يكرر لفظ الطلاق ثلاث مرات، فيقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق.

فعند أبي حنيفة: أنها تطلق ثلاثاً، ولا يرجع إلى إرادته، ويجري ذلك مجرى قوله لها: أنت طالق ثلاثاً، غير أنه فرق في إحدى الموضعين، وجمع في الآخر.

وعلى مذهب الشافعي: أن التكرار يحتمل أن يراد به التأكيد، ويحتمل أن يراد به التكرار والاستئناف، ألا ترى أن رسول الله ﷺ قال: **«أَيُّمَا امْرَأَةٌ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنَ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»**[2].

فكررها ثلاثاً، فكان ذلك منه محمولاً على التأكيد دون الاستئناف، وَقَالَ: وَاللَّهِ لأَغْزُوَنَّ قُرَيْشاً، وَاللَّهِ لأَغْزُوَنَّ قُرَيْشاً، وَاللَّهِ لأَغْزُوَنَّ قُرَيْشاً. فكان تكراره لذلك محمولاً

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

(٢) سبق تخريجه في النكاح.

على التأكيد دون الاستئناف، لأنه لم يغزها بعد هذه اليمين، إلا مرة واحدة. هذا لسان العرب وعادتهم، فوجب أن يكون تكرار لفظ الطلاق محمولاً عليه.

ولأنه لو كرر الاقرار لما تضاعف به الحق، كذلك الطلاق. لأنه لو قال: له علي درهم، له علي درهم، له علي درهم، لم يلزمه إلا درهم واحد، ويكون التكرار محمولاً على التأكيد، فكذلك الطلاق.

فصل: فإذا ثبت احتمال هذ التكرار أن يراد به التأكيد تارة والاستئناف أخرى، وقعت الطلقة الأولى ورجع إلى إرادته، في الثانية والثالثة، وله فيهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يريد بها التأكيد للأولى، فلا تطلق إلا واحدة. فإن أكذبته الزوجة في أنه أراد التأكيد، وقالت: بل أردت الاستئناف، فالقول قوله مع يمينه.

والحال الثانية: أن يريد الاستئناف فتطلق ثلاثاً، فإن أكذبته الزوجة وقالت: أرد التأكيد، لم يؤثر تكذيبها، ولا يمين عليه.

والحال الثالثة: أن يريد بإحداهما التأكيد، وبالأخرى الاستئناف، فقد طلقت ثنتين، وكانت الأخرى تأكيداً لإحدى الطلقتين.

والحال الرابعة: أن لا تكون له إرادة، ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في الإملاء: يحمل على التأكيد، ولا تلزمه إلا الطلقة الأولى لأمرين:

أحدهما: أنه إذا احتمل الأمرين صار وقوع الطلاق به شكاً، والطلاق لا يقع بالشك.

والثاني: أنه إذا رجع فيه إلى إرادته صار كناية، والكناية لا يقع بها الطلاق مع فقد الإرادة.

والقول الثاني: قاله في كتاب الأم من الجديد: يحمل على الاستئناف، وتطلق ثلاثاً، لأمرين:

أحدهما: أن اللفظ الثاني كالأول وعلى صيغته، فلما وقع الطلاق باللفظ الأول، وجب أن يقع بما كان مثلاً له من الثاني والثالث.

والثاني: أنَّ حمله على الاستئناف مقيد، وعلى التأكيد غير مقيد، فكان حمله على ما أفاد أولى من حمله على ما لم يفد.

فإن قيل: فهلا جعلتم الإقرار، إذا تكرر محمولاً على الاستئناف، فضاعفتم الحق بتكراره كالطلاق؟.

قيل الفرق بينهما: أن الإقرار إخبار عن ماضٍ بحق مستقر فلم يوجب تكراره تكرار الحق، والطلاق تقع به الفرقة في المستقبل، فجاز إذا تكرر، أن يبقى.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وطَالِقٌ، وَقَعَتِ عليها الأُولَى وَالثَّانِيَةُ بِالْوَاوِ لأَنَّهَا اسْتِئْنَافٌ لِكَلَامٍ فِي الظَّاهِرِ، وَدِينَ فِي الثَّالِثَةِ. فَإِنْ أَرَادَ بها طَلَاقاً، فَهُوَ طَلَاقٌ، وإِنْ أَرَادَ بها تَكْرِيراً فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ. وَكَذَلِكَ أَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ طَالِقٌ، ثُمَّ طَالِقٌ، وَكَذَلِكَ طَالِقٌ بَلْ طَالِقٌ بَلْ طَالِقٌ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال لها: أنت طالق، وطالق، وطالق. وقعت الأولى والثانية، ولم يرجع إلى إرادته فيهما لأنه قد غاير بين الحرفين.

فالطلقة الأولى بحرف الإشارة في قوله: أنت، والطلقة الثانية بواو العطف. وإذا غاير بين الحرفين، خرج عن حكم التأكيد إلى الاستئناف، لأن التأكيد يكون بتشاكل الألفاظ، فإن تغايرت صارت استئنافاً. وإذا كان كذلك، وقعت الأولى والثانية لتغايرهما، كانت الثالثة مشابهة للثانية لاشتراكهما في «واو» العطف، فدخلها الاحتمال، فاقتضى أن لا يرجع فيها إلى إرادته. فإن أراد بها التأكيد، كانت تأكيداً ولم يطلق إلا ثنتين، وإن أراد بها الاستئناف طلقت ثلاثاً. فإن لم تكن له إرادة، ففيها قولان:

أحدهما: يكون تأكيداً.

والثاني: يكون استئنافاً على ما مضى.

فلو قال: أردت بالثانية والثالثة التأكيد، قبل منه في الثالثة ظاهراً وباطناً، فلم تقع. ولم تقبل منه في الثانية في ظاهر الحكم، وقبل منه في الباطن، وكان فيها مديناً، فيلزمه في الظاهر طلقتان، وفي الباطن واحدة.

وعلى هذا لو قال لها: أنت طالق ثم طالق ثم طالق، وقعت الأولى والثانية لأنها

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤. وتتمة المسألة: «(قال المزني) رحمه الله وفي كتاب الإملاء: وإن أدخل «ثم» أو واواً في كلمتين، فإن لم تكن له نية فظاهرها استئناف، وهي ثلاث (قال المزني) رحمه الله: والظاهر في الحكم أولى، والباطن فيما بينه وبين الله تعالى».

مغايرة للأولى بحرف النسق، والثالثة مثل الثانية يرجع إلى إرادته فيها. فإن أراد بها التأكيد، لم تطلق إلا ثنتين. وإن أراد بها الاستئناف، طلقت ثلاثاً.

وهكذا لو قال: أنت طالق، بل طالق، بل طالق، طلقت الأولى والثانية لتغايرهما بحرف الاستدارك الذي يقتضي الإضراب عن الأول باستدراك ما بعده، والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه، ولكن الثالثة مشابهة للثانية فيسأل عنها، ويحمل على إرادته فيها، فإن لم يكن له إرادة، فعلى قولين.

وهكذا لو قال لها: أنت طالق، وأنت طالق، وأنت طالق، طلقت الأولى والثانية لأنه قد أدخل على الثانية واو العطف، ورجع إلى إرادته في الثالثة، لأنها كالثانية.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق، فطالق، فالذي نص عليه الشافعي ها هنا: أنها تطلق طلقتين، واحدة بقوله: أنت طالق، والثانية بقوله: فطالق.

وقال في كتاب الإقرار: لو قال له: عليَّ درهم فدرهم، لم يلزمه إلا درهم واحد. فاختلف أصحابنا: فكان أبو علي بن خيران ينقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، ويخرجها على قولين:

أحدهما: يلزمه طلقتان ودرهمان، على ما نص عليه في الطلاق.

والقول الثاني: تلزمه طلقة واحدة ودرهم واحد، على ما نص عليه في الإقرار.

وذهب سائر أصحابنا إلى حمل الجواب على ظاهره، في الموضعين، فتطلق طلقتين ولا يلزمه في الإقرار إلا درهم واحد.

والفرق بينهما: أن الدراهم قد تتفاضل، فيكون درهم خيراً من درهم. فإذا قال: له عليّ درهم فدرهم، احتمل أن يريد فدرهم آخر خير منه، فلم يحتمل قوله: فطالق، أنها خير من الأولى أو دونها، فوقعت الثانية لانتفاء الاحتمال عنها.

فعلى هذا، لو قال: أنت طالق، فطالق، فطالق، وقعت الأولى والثانية لتغاير اللفظ فيهما، ورجع إلى إرادته في الثالثة، لأنها كالثانية. فإن لم يكن له فيها إرادة، فعلى قولين.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق وطالق، ثم طالق، طلقت ثلاثاً ولم يرجع إلى إرادته فيهما لأنه قد غاير بين الألفاظ الثلاثة. فإن قال: إني أردت بالثانية والثالثة التأكيد، لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى.

وهكذا لو قال لها: أنت طالق، وطالق، فطالق، طلقت ثلاثاً للمغايرة بين الألفاظ الثلاثة.

وهكذا لو قال: أنت طالق، بل طالق، ثم طالق، طلقت ثلاثاً. وجملته: أنه متى غاير بين اللفظ لم يسأل، وإن لم يتغاير سئل.

فأما المغايرة بين ألفاظ الطلاق مع اتفاق الحروف، فهو أن يقول لها: أنت طالق، أنت مفارقة، أنت مسرحة، ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون كمغايرة الحروف، فتطلق ثلاثاً من غير سؤال، لأن الحكم بلفظ الطلاق أخص منه بحروف الطلاق.

والوجه الثاني: أنه يغلب حكم الحروف المتشاكلة، وإن كانت ألفاظ الطلاق متغايرة، لأن الحروف هي العاملة في وقوع الحكم باللفظ. فعلى هذا يرجع إلى ما أراده بالثانية والثالثة على ما مضى.

فصل: قال الشافعي في الإملاء: ولو قال لها: أنت طالق، وطالق، لا بل طالق، ونوى بقوله: لا بل طالق، إثبات الثانية، طلقت طلقتين. وجملة ذلك: أنه متى قال ذلك مرسلاً من غير نية، طلقت ثلاثاً، لأنه قد غاير بين الألفاظ الثلاثة.

وإن نوى بالثالثة أن يستدرك بها وقوع الثانية لأنه شك في إيقاعها، قال الشافعي: طلقت ثنتين لأنه يحتمل ما أراد، هذا الذي قاله الشافعي، أن الثالثة لا تقع في الباطن فيما بينه وبين الله تعالى، وهي واقعة في الظاهر. فالأمر على ما قاله، وإن أراد بها لا تقطع ظاهراً ولا باطناً فهو معلول، لأن تغاير الألفاظ يحمل لكل طلقة حكم نفسها، فلا يقبل منه في ظاهر الحكم ما أدى إلى رفعها.

فصل: قال أبو العباس بن سريج: ولو قال لها: أنت طالق واحدة لا بل ثنتين، طلقت ثلاثة، لأنه قد استدرك بالثنتين الإضراب عن الواحدة، فوقعت الثنتان ولم يصح الإضراب عن الأولى.

وهذا عندي غير صحيح، بل لا يلزمه إلا طلقتان، لأنه إذا استدرك زيادة على الأولى بطل حكم الإضراب لدخوله في المستدرك، وجرى مجرى قوله: له عليّ درهم لا بل درهمان، لم يلزمه إلا درهمان لا غيره لدخول الدرهم في الدرهمين، فزال عنه حكم الإضراب.

فصل: ولو قال لإحدى زوجتيه: أنت طالق واحدة، لا بل هذه ثلاثاً، طلقت الأولى واحدة وطلقت الثانية ثلاثاً، لأنه استدرك بالثانية الإضراب عن طلاق الأولى، فطلقت الثانية ولم يقع طلاق الأولى.

ولكن لو قال لزوجة واحدة: أنت طالق واحدة، لا بل ثلاثاً إن دخلت الدار، قال أبو بكر بن الحداد المصري في فروعه: طلقت في الحال واحدة، وطلقت بدخول الدار تمام الثلاث إن كانت مدخولاً بها، فجعل الشرط راجعاً إلى الثلاثة وحدها، وجعل الأولى بآخره بغير شرط، لإضرابه عنها باستدراك الثلاث بالشرط. وهذا قياس قول أبي العباس في قوله: أنت طالق واحدة بل ثنتين، أنها تطلق ثلاثاً.

وهذا الذي قاله ابن الحداد، ليس بصحيح عندي، لدخول الواحدة في الثلاث، فاقتضى أن يكون الشرط راجعاً إلى الجميع. ولا تطلق قبل دخول الدار شيئاً، فإذا دخلتها طلقت ثلاثاً.

فصل: وإذا قال لها: إن طلقتك واحدة أملك فيها الرجعة، فأنت طالق قبلها ثلاثاً، فطلقها واحدة، فإن كانت غير مدخول بها طلقت واحدة ولم يوجب وقوعها وقوع ثلاث قبلها، لأنه شرط في وقوع الثلاث بثبوت الرجعة في الواحدة. وغير المدخول بها لا رجعة في طلاقها، فلم يوجد شرط الثلاث فيها، فوقعت الواحدة، ولم تقع الثلاث. وهذا مما يختلف أصحابنا فيه.

فأما إن كانت مدخولاً بها، ملك بعد الواحدة رجعتها، فقد وجد شرط الثلاث فيها، فاختلف أصحابنا في وقوع الطلاق عليها على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو مذهب المزني: أنه لا يقع عليها الطلاق، لا الواحدة المتأخرة، ولا الثلاث المعلقة بالصفة. لأن وقوع الناجزة توجب وقوع ثلاث قبلها بالصفة، ووقوع الثلاث من قبل تمنع من وقوع الواحدة من بعده، فنفى كل واحد من الطلاقين وقوع الآخر، فسقطا معاً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج، ومن حكى عنه خلافه: فقد وهم أنه تقع عليها الطلقة الناجزة وحدها، ولا يكون اشتراطها في وقوع الثلاثة قبلها مانعاً من وقوعها، وهذا الصحيح عندي، وبه قال أبو حنيفة وأبو علي بن أبي هريرة لأمرين:

أحدهما: أن الناجز أصل وهو أقوى، والمعلق بالصفة فرع وهو أضعف، فلم يجز أن يكون أضعفهما رافعاً لأقواهما.

والثاني: أن طلاق الصفة لا يقع إلا بعد وقوع الناجز، والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه.

والوجه الثالث: وهو قول بعض المتأخرين: إنها تطلق ثلاثاً: الواحدة الناجزة، وثنتين من الثلاث المعلقة بالصفة. ولا يكون امتناع وقوع الثالثة، لأنها في حق المطلقة رابعة مانعاً من وقوع ما سواها إذا كان وقوعه ممكناً، كمن قال لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق أربعاً، طلقت بدخول الدار ثلاثاً، ولم يكن امتناع وقوع الرابعة مانعاً من وقوع الثلاث، كذلك في مسألتنا. ولهذا القول وجه.

فأما إذا قال لها: إن طلقتك ثلاثاً فأنت طالق قبلها ثلاثاً. فإن طلقها طلقة أو طلقتين طلقت ما أوقعه عليها من ناجز الطلاق من واحدة أو اثنتين، فإن طلقها ثلاثاً فعلى مذهب المزني ومن تابعه: لا تطلق شيئاً، لا من ناجز الطلاق ولا المعلق بالصفة، لتدفع الطلاقين.

وعلى مذهب أبي العباس بن سريج وابن أبي هريرة: تقع الثلاث الناجزة، لأنها أثبت الطلاقين وأقواهما.

فلو قال: كلما طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً، فعلى قول المزني: فلا يقع عليها طلاق قط، لأن وقوعه يقتضي وقوع ثلاثة قبله ووقوع ثلاثة قبله تمنع من وقوع ما بعده.

وعلى قول أبي العباس بن سريج وابن أبي هريرة: يسقط حكم الثلاث المعلقة بالصفة، لأن ثبوتها يؤدي إلى أن لا يلحقها طلاق أبداً، وهذا مدفوع في الزوجات مع بقاء نكاحهن فبطل، ووقع عليها ما استأنفه من الطلاق. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقاً، فَهِيَ وَاحِدَةٌ كَقَوْلِهِ: طَلَاقاً حَسَناً)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن قوله: طلاقاً، مصدر مشتق من اسم الطلاق، ولا مدخل له في زيادة العدد، كما قال الله تعالى: ﴿وَكَلَّمَ اللَّهُ مُوسَى تَكْلِيماً﴾[2]. ولأن قوله: طلاقاً صفة لقوله: أنت طالق، فجرى مجرى قوله طلاقاً حسناً. وهكذا أنت طالق تطليقاً، لم يلزمه إلا واحدة، وهذا كله ما لم تكن له نية في زيادة العدد.

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤. (٢) سورة النساء، الآية: ١٦٤.

فإن أراد بقوله: أنت طالق طلاقاً، أو أنت طالق تطليقاً ثنتين، لزمه ثنتان. وإن أراد به ثلاثاً، لزمه ثلاث. لأنه لو أراد بمجرد قوله: أنت طالق، ثنتين أو ثلاثاً، لزمه ما أراد. وكذلك إذا قال: أنت طالق طلاقاً، وهذا مما وافق عليه أبو حنيفة، وإن خالف في اقتصاره على قوله: أنت طالق.

فصل: وإذا قال: أنت طالق مريضةً بالنصب، كان المرض شرطاً في وقوع الطلاق، فما لم تمرض لم تطلق. فإذا مرضت طلقت، لأن نصبه على الحال يخرجه مخرج الشرط.

ولو قال: أنت طالق مريضةٌ بالرفع، طلقت في الحال سواء كانت مريضة أو غير مريضة، لأنه بالرفع يصير صفة، وهذا فيمن كان من أهل العربية.

فأما من كان لا يعرف العربية.

ولا يفرق بين الرفع والنصب، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: يكون في حكم ما يلزمه كأهل العربية، لأن الحكم متعلق باللفظ، سواء عرف حكمه أو جهله، مثل صريح الطلاق وكنايته.

والوجه الثاني: أنه يستوفي فيه حكم الرفع والنصب في وقوع الطلاق، لأن الإعراب دليل على المقاصد والأغراض، فإذا جهلت عدمت.

فصل: ولو قال: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار طالقاً، فقد جعل الشرط في وقوع الطلاق عليها أن تدخل الدار وهي مطلقة، فإن دخلتها غير مطلقة لم تطلق. كما لو قال: إن دخلت الدار راكبة فأنت طالق، فدخلتها غير راكبة لم تطلق. ولو طلقها، فإن كان الطلاق بائناً، بأن تكون غير مدخول بها أو تكون مختلعة، لم تطلق بدخول الدار، لأن البائن لا يلحقها طلاق. وإن كان الطلاق رجعياً، طلقت دخول الدار طلقتين، لقوله طالق وطالق، فتصير طالقاً ثلاثاً.

فصل: ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار بالكسر، كان دخول الدار شرطاً، فلا تطلق حتى تدخلها. ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار بالفتح، طلقت في الحال، سواء دخلت الدار أو لم تدخل. لأنها إذا فتحت بمعنى الجزاء، وتقديره: أنت طالق، لأنك دخلت الدار، هذا فيمن كان من أهل العربية. فأما من لا يعرف العربية، فعلى ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: أن يكون كأهل العربية.

والثاني: أن يكون شرطاً في الحالين.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إذا دخلت الدار. كان دخول الدار شرطاً، لا تطلق حتى تدخل الدار، ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، لم يكن دخول الدار شرطاً، وطلقت في الحال، لأن «إذا» اسم لمستقبل، فكان شرطاً، و«إذ» إسم لما مضى، فكان خبراً.

فصل: وإذا كرر حرف الشرط، ويسميه أهل العلم اعتراض الشرط على الشرط، وهو أن يقول لها: أنت طالق إذا ركبت، إن لبست، فلا يقع الطلاق عليها إلا باللبس والركوب، فإن ركبت ولبست على ما قاله في لفظه. فإن بدأت بالركوب، ثم عقبته باللبس، لم تطلق، وإن خالفت ترتيب اللفظ، فبدأت باللبس وعقبته بالركوب، لأن قوله: إذا ركبت إن لبست، فقد جعل اللبس شرطاً في الركوب فوجب أن يتقدم عليه، لأن الشرط يتقدم على المشروط.

وهكذا لو قال: أنت طالق إذا قمت إذا قعدت، لم تطلق حتى تقدم القعود على القيام، لأنه جعل القعود شرطاً في القيام، وإن كان حرف الشرط فيهما واحداً.

وهكذا لو قال لها: أنت طالق إن أكلت إن تكلمت، لم تطلق حتى يتقدم الكلام على الأكل، وعلى هذا، لو قال لها: أنت طالق إذا دخلت الدار إن كلمت زيداً إن ضربت عمرواً لم تطلق، حتى تفعل الثلاثة بعكس لفظه، فتبدأ بضرب عمرو، ثم بكلام زيد، ثم بدخول الدار، لأن كل واحد منها شرط فيما تقدمه فوجب أن يتقدمه.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق لو دخلت الدار، كان شرطاً لا يقع الطلاق عليها إلا بدخول الدار، وجرى مجرى «إن»، التي تكون شرطاً. ولو قال: أنت طالق لو دخلت الدار، فخرجت منها فلا طلاق عليها حتى تدخل الدار، ولا يخرج الزوج منها، فإن دخلت وخرج منها، لم تطلق.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق لولا أبوك، فلا طلاق عليه. قال المزني في مسائله المنثورة: لأن تقديره لولا أبوك لطلقتك، وهكذا أنت طالق لولا جمالك، فلا طلاق عليه لأن معناه لولا جمالك لطلقتك.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق، أو لا، لم تطلق، لأن «أو» للتخيير. ولو قال: أنت طالق بل لا طلقت، لأن بل للإضراب. ولو قال: أنت طالق أم لا.

فصل: وإذا قيل للرجل: زوجتك هذه طالق منك، فقال: نعم، كان هذا ابتداء إيقاع منه للطلاق فجرى مجرى قوله: أنت طالق، فيلزمه الطلاق ولا يراعى فيه النية، لأنه أجاب إلى صريح، فجرى على جوابه حكم الصريح.

ولو قيل له: طلقت امرأتك هذه؟ فقال: نعم، كان هذا إقرار بالطلاق، يلزمه الطلاق بإقراره في الظاهر، ويدين في الباطن إن كان كاذباً، ولا يلزمه.

ولو قيل له: أتطلق امرأتك هذه؟ فقال: نعم، كان موعداً بالطلاق لا يلزمه الطلاق إلا أن يستأنف إيقاعه من بعد.

ولو قيل له: أهذه زوجتك؟ فقال: لا، كان هذا إنكاراً، لا يقع به الطلاق إلا أن ينويه فيصير كناية فيه، فهذا أصح ما قيل في هذا الفصل، وإن خبط أصحابنا فيه خبط عشواء.

فصل: وإذا قال الأعجمي لامرأته: أنت طالق، فلا يخلو حاله فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعرف معناه فيلزمه الطلاق، سواء أراده أو لم يرده، كالعربي.

والحال الثانية: أن لا يعرف معناه ولا يريد موجبه عند أهل العربية، فلا طلاق عليه، ويصير ذلك من كلامه لغواً.

والحال الثالثة: أن لا يعرف معناه، ولكنه يريد موجبه عند أهل العربية، فالذي ذكره أبو حامد الإسفرايـيني وحكاه عن أصحابنا: إنه لا يلزمه الطلاق حتى يعرف معنى اللفظ، لأنه موجب للطلاق.

وعندي: أن الطلاق لازم له؛ لأنه قد أراد موجب اللفظ، وإن لم يعرف معناه، لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ إذا كان المتكلم به من أهل الإرادة، وإن لم يكن له فيه إرادة. لأنه وإن لم يعرف معناه، فقد كان يقدر على تعرف معناه، ولأننا لو أسقطنا عنه الطلاق، لسوينا بين أن يريد موجبه أو لا يريد، وهما لا يستويان. وهكذا العربي إذا طلق بصريح الأعجمية، وهو لا يعرف معناها، كان على هذه الأقسام الثلاثة.

فلو أن زوجة الأعجمي ادعت عليه أنه يعرف معنى الطلاق بالعربية، كان القول فيه قول الزوج مع يمينه، وكذلك زوجة العربي لو ادعت عليه أنه يعرف الطلاق بالأعجمية، كان القول قوله مع يمينه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ مُكْرَهٍ وَمَغْلُوبٍ عَلَى عَقْلِهِ فَلَا يَلْحَقُهُ الطَّلَاقُ)(١).

قال الماوردي: أما المغلوب على عقله بجنون أو مرض فلا يقع طلاقه، ولا يصح عقده.

وأما المكره على الطلاق إذا تلفظ به كرهاً غير مختار، لم يقع طلاقه ولا عتقه، ولم تصح عقوده. وسواء كان ذلك مما لا يلحقه الفسخ كالطلاق أو العتق، أو كان مما لا يلحقه الفسخ، كالنكاح والبيع، وبه قال مالك وأكثر الفقهاء.

وقال أبو حنيفة: إن كان مما يلحقه الفسخ كالنكاح والبيع لم يصح من المكره، وإن كان مما لا يلحقه الفسخ كالطلاق والعتق صح من المكره، كما يصح من المختار، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾(٢). ولم يفرق بين مكره ومختار، فكان على عمومه.

وبرواية عليّ بن أبي طالب عليه السلام عن النبيّ ﷺ أنه قال: «كُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ وَالصَّبِيِّ»(٣). فدخل طلاق المكره في عموم الجواز.

وبرواية أبي هريرة عن النبيّ ﷺ أنه قال: «ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ: النِّكَاحُ، والطَّلَاقُ، والرَّجْعَةُ»(٤). والمكره لا يخلو أن يكون جاداً أو هازلاً، فوجب أن يقع طلاقه.

ولما روي أن صفوان بن عمران كان نائماً مع امرأته في الفراش، فجلست على صدره، ووضعت السكين وقالت: «طلِّقْنِي وإلاَّ ذبَحْتُكَ فناشَدها الله فأبَتْ فطلَّقها»، ثم أتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك، فقال: «لَا إِقَالَةَ فِي الطَّلَاقِ»(٥). أي: لا رجوع فيه، فدل على وقوعه مع الإكراه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٣) حديث علي: أخرجه البيهقي ٧/٣٥٩ موقوفاً. وأخرجه الترمذي في الطلاق من حديث أبي هريرة مرفوعاً (١١٩١) وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان. وعطاء ضعيف ذاهب الحديث.

(٤) سبق تخريجه في أول الطلاق. وفي النكاح.

(٥) نسب صاحب موسوعة أطراد الحديث إلى ابن الجوزي في العلل المتناهية ٢/١٥٩ والعقيلي في الضعفاء ٢/٢٧.

ومن القياس: أنه طلاق مكلف مالك، فوجب أن يكون واقعاً كالمختار. قال: ولأن كل ما لم يمنع من وقوع الطلاق مع الإرادة، لم يمنع من وقوعه مع فقد الإرادة كالهزل. ولأن ما أوجب تحريم البضع مع الاختيار، أوجب تحريمه مع الإكراه كالرضاع.

ودليلنا: ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»[١]. فاقتضى أن يكون طلاق المكره مرفوعاً. فإن قيل: فالاستكراه لم يرفع لأنه قد يوجد، قيل: المراد به حكم الاستكراه. لا الاستكراه، كما أن المراد به حكم الخطأ، لا وجود الخطأ. على أنه قد روي: «عُفِيَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ». فبان به ما ذكرنا.

فإن قيل: فهو محمول على رفع الإثم.

قيل: حمله على رفع الحكم أولى لأنه أعم، لأن ما رفع الحكم قد رفع الإثم.

وروت عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ قال: «لاَ طَلاَقَ فِي إِغْلاَقٍ»[٢]. قال أبو عبيد: الإغلاق كالإكراه، يعني: أنه كالمغلق عليه اختياره.

فإن قيل: المراد به الجنون لأنه مغلق الإرادة، ففيه جوابان:

أحدهما: أن أهل اللغة أقوم بمعانيها من غيرهم، فكان حمله على ما قرره أولى.

والثاني: أنه يحمل على الأمرين فيكون أعم.

ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم. قاله خمسة منهم، لم يظهر مخالف لهم.

منهم: عمر روى عنه ابن المنذر، أن رجلاً تدلى بحبل يشتار أي: يجتني عسلاً فأدركته امرأة، فحلفت لتقطعن الحبل أو ليطلقها ثلاثاً، فذكرها الله والإسلامَ فحلفَتْ لتفعلنَّ أو ليفعلنّ، فطلقها ثلاثاً فلما خرج أتى عمر بن الخطاب، فذكر له الذي كان من امرأته إليه، والذي كان منه إليها، فقال: «ارجعْ إلى امرأتك فإنَّ هذا ليس بطلاق».

ومنهم: عليّ بن أبي طالب عليه السلام: كان لا يرى طلاق المكره شيئاً.

---

(١) حديث ابن عباس: سبق تخريجه.

(٢) حديث عائشة: أخرجه أبو داود (٢١٩٣) بلفظ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق» وابن ماجة (٢٠٤٦) والبيهقي ٧/ ٣٧٥ والدارقطني ٤/ ٣٦ وأحمد ٦/ ٢٧٦ وصححه الحاكم على شرط مسلم ٢/ ١٩٨ وتعقبه الذهبي بأن محمد بن عبيد لم يحتجّ به، وضعّفه أبو حاتم.

ومنهم عبد الله بن عباس، قال: «ليس على المكره والمضطهد طلاق».

ومنهم عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير: كانا يريان مثل ذلك.

ومن القياس: أنه لفظ حمل عليه بغير حق، فوجب أن لا يثبت به حكم، كالإكراه على الإقرار بالطلاق. فإن قيل: لا يصح اعتبار الإيقاع بالإقرار، لأن الإكراه على الرضاع يتعلق به التحريم، والإكراه على الإقرار بالرضاع لا يتعلق به تحريم. والإكراه على الإقرار بالإسلام لا يصح، لأن الإقرار خبر به يدخله الصدق والكذب، وخالف الإيقاع الذي لا يدخله صدق ولا كذب. فعن ذلك جوابان:

أحدهما: أنه إقرار المكره، لم يرتفع لاحتمال دخول الصدق والكذب فيه. لأن هذا المعنى من احتمال الصدق، والكذب موجود في إقرار المختار، وطلاقه واقع، وإنما المعنى فيه: الإكراه، وهذا المعنى موجود في الإيقاع.

والثاني: هو أن الرضاع فعل لا يراعى فيه القصد، فاستوى فيه حكم المكره والمختار. والإقرار قول يراعى فيه القصد، فافترق فيه حكم المكره والمختار. ألا ترى أن المجنونة لو أرضعت، ثبت به حكم التحريم، ولو أقرت به لم يثبت؟.

والمجنون لو أولد أمته صارت أم ولد، ولو أعتقها لم تعتق؟، فافترق حكم الإكراه على الإرضاع. وحكم الإقرار بالرضاع، لأن أحدهما فعل، والآخر قول. واستوى حكم الإكراه على إيقاع الطلاق وعلى الإقرار، لأن كليهما قوله.

وأما الإكراه على فعل الإسلام، فإنما يصح ويثبت فيمن كان حربياً فيدعى بالسيف إلى الإسلام، لأن إكراهه عليه واجب قد ورد الشرع به. ولا يصح إكراه الذمي الباذل للجزية، لأن الشرع قد أقره عليه، فكان إكراهه عليه ظلماً، فلم يصح.

والإكراه على الإقرار بالإسلام إنما هو إكراه على التزام أحكامه، قبل الإقرار من فعل الصلاة وأداء الزكاة. وهذا ظلم، فاستوى حكم الإكراه على الإقرار بالإسلام، والإكراه على فعل الإسلام في حق الذمي لكونهما ظلماً، فلم يصحا.

وافترق حكم الإكراه على الإقرار بالإسلام، والإكراه على الإسلام في حق الحربي، لأن الإقرار ظلم فلم يصح، وفعل الإسلام حق فصحَّ، فإن وجب ما ذكرناه أن يستوي في الطلاق حكم الإقرار والإيقاع، لأن كل واحد منهما ظلم، فوجب أن لا يقعا.

وقياس ثان: وهو أن الإكراه معنى يزيل حكم الإقرار بالطلاق، فوجب أن يزيل حكم إيقاع الطلاق، كالجنون والنوم والصغر.

وقياس ثالث: أنه لفظ يتعلق به الفرق بين الزوجين، فوجب أن لا يصح إذا حمل عليه فيه حق، أصله: الإكراه على كلمة الكفر.

وقياس رابع: أنه قول في أحد طرفي النكاح، فوجب أن لا يصح مع الإكراه كالنكاح.

وقياس خامس: أن كل بضع لم يملك بلفظ المكره، لم يحرم بقول المكره، كالإيماء في البيع والشراء.

فأما الجواب عن الآية فهو أنه قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾[1]، والمكره عندنا غير مطلق، ولو وصح دخوله في عمومها لكان مخصوصاً بما ذكرنا.

وأما الجواب عن قول النبيّ ﷺ: «**كُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ إِلاَّ طَلَاقُ الْمَعْتُوهِ وَالصَّبِيِّ**»[2]. فمن وجهين:

أحدهما: أنه محمول على حال الاختيار.

والثاني: أن في استثناء الصبي والمعتوه لفقد القصد منها تنبيه على إلحاق المكره بهما.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «**ثلاثة جدُّهن جدٌّ وهزلهن جد**»[3]، فهو أننا نقول بموجبه ونجعل الجد والهزل في وقوع الطلاق سواء، والمكره ليس بجاد ولا هازل، فخرج عنها كالمجنون، لأن الجاد قاصد اللفظ مريد للفرقة، والهازل قاصد للفظ غير مريد للفرقة، والمكره غير قاصد للفظ ولا مريد للفرقة.

وأما الجواب عن قولهَ ﷺ: «**لاَ إِقَالَةَ فِي الطَّلَاقِ**» فمن وجهين:

أحدهما: أن الرجل أقر بالطلاق وادعى الإكراه، فألزمه إقراره، ولم تقبل دعواه.

والثاني: أنه يجوز أن يكون رأى من جلده وضعف زوجته ما لا يكون به مكرهاً، فألزمه الطلاق.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

وأما قياسهم على المختار، فالمعنى فيه: صحة إقراره، والمكره لا يصح إقراره، فلم يصح إيقاعه. وإن شئت قلت: القياس عليهم، فقلت: فوجب أن يكون إيقاعه بهزله إقراره كالمختار.

وأما قولهم: إن كل ما لم يمنع من وقوع الطلاق مع الإرادة، لم يمنع وقوعه مع فقد الإرادة، فهو: أنه ليس المعتبر في وقوع الطلاق وجود الإرادة، وإنما المعتبر فيه أن يكون من أهل الإرادة، ثم المعنى في الهازل صحة إقراره.

وأما الجواب عن قياسهم على الرضاع، فهو: أنه ينتقض بالمكره على كلمة الكفر، ثم المعنى في الرضاع: أنه فعل، والطلاق قول. وقد ذكرنا من فرق ما بين الفعل والقول بحال المجنونة إذا أرضعت، والمجنون إذا طلق، ما كفى.

فصل: فإذا تقرر أن طلاق الكره لا يقع، فجميع ما وقع الإكراه عليه ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يصح مع الإكراه، ولا يتعلق به حكم الاختيار. .

والثاني: ما يصح مع الإكراه ويستوي فيه حكم المكره والمختار.

والثالث: ما اختلف قول الشافعي فيه.

فأما القسم الأول: وهو ما لا يصح مع الإكراه ولا يتعلق به حكم، فهو الإكراه على الكفر وعلى سب الرسول ﷺ، وعلى عقد الأيمان بالله تعالى، أو بالطلاق والعتق، وعلى سائر العقود من المناكح والبيوع والإجارات والوكالات على الطلاق والعتق والوقف والظهار والقذف والوصية، فهذا كله لا حكم له إذا أكره على فعله، وكذلك الصائم إذا أوجر الطعام في حلقه فهو على صومه.

وأما القسم الثاني: الذي يصح مع الإكراه ويستوي فيه حكم المكره والمختار، فهو: إسلام أهل الحرب، والرضاع، والحدث، وطرح النجاسة على المصلي على خفه إذا كان ماسحاً، إلى ما جرى هذا المجرى، فيكون وجود ذلك من المكره والمختار سواء.

وأما ما اختلف فيه قول الشافعي: فالمكره على القتل في وجوب القود عليه قولان، وإكراه الرجل على الزنا في وجوب الحد عليه قولان، وإكراه الصائم على الأكل في فطره به قولان وإكراه المصلي على الكلام في الصلاة في بطلانها قولان. وتوجيه القولين في هذه المسائل يذكر في مواضعها.

فصل: فإذا قد صح أن طلاق المكره لا يقع، فالكلام فيه مشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في صفة المكره.

والثاني: في صفة الإكراه.

والثالث: في صفة المكره.

فأما المكره، فهو من اجتمعت فيه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون قاهراً، والقاهر على ضربين:

أحدها: أن يكون عام القدرة كالسلطان والمنقلب.

والثاني: أن يكون خاص القدرة كالمتلصص، والسيد مع عبده، وكلاهما مكره، وهما في الحكم سواء إذا كانت قدرة المكره نافذة على المكره.

والشرط الثاني: أن يغلب في النفس بالأمارات الظاهرة أنه سيفعل عند الامتناع من إصابته ما يتوعده به وتهدده، فأما إن لم يغلب على النفس، جاز أن يفعل ولا يفعل، فليس بمكره.

والشرط الثالث: أن يكون مكرهاً بظلم. فأما إن أكره بغير ظلم كإكراه المولى على الطلاق في قول من يرى أن يكره عليه، فلا يجري عليه حكم المكره، وما أكره عليه الطلاق واقع، وكالناذر عتق عبد بعينه، إذا امتنع من عتقه فأكره عليه، فقد عتقه، لأن المأخوذ به حق واجب، وهو بامتناعه منه طوعاً ظالم إثم. فإذا تكاملت هذه الشروط الثلاثة في المكره، صار مكرها.

فصل: وأما الإكراه فيكون بإدخال الضرر والأذى البين على المكره، وذلك قد يكون من أحد سبعة أوجه:

أحدها: القتل. وهو أعظم ما يدخل به الضرر على النفس، فإذا هدره في نفسه كان إكراهاً، فإن هدر به في غيره، فلا يخلو حال الغير من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن بينهم بعضية كالوالدين وإن علوا، والمولودين وإن سفلوا، فيكون التهديد بقتلهم إكراهاً، لأن البعضية تقتضي التمازج في الأحكام.

والقسم الثاني: أن يكون من غير ذي رحم محرم، إما أجنبياً أو ذا نسب، لا يكون

محرماً كبني الأعمام وبني الأخوال، فلا يكون تهديده بقتلهم إكراهاً، لأن بين جميع الناس تناسب من بعيد.

والقسم الثالث: أن يكون ذا رحم محرم كالإخوة والأخوات وبنيهما، والأعمام والعمات دون بنيها، والأخوال والخالات دون بنيها، فهل يكون التهديد بقتلهم إكراهاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون إكراهاً لثبوت المحرم كالوالدين.

والوجه الثاني: لا يكون إكراهاً، لعدم البعضية كالأبعدين. فهذا حكم التهديد بالقتل.

والثاني: الجرح. إما بقطع طرف، أو إنهار دم. فهو إكراه لما فيه من إدخال ألم، وأنه ربما سرى إلى النفس.

والثالث: الضرب. فيكون إكراهاً لألمه وضرره، إلا أن يكون في قوم من أهل الشطارة والصعلكة الذين يتباهون في احتمال الضرب، ويتفاخرون في الصبر عليه، فلا يكون إكراهاً في أمثالهم.

والرابع: الحبس. فلا يخلو أمره فيه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يهدده بطول الحبس، فيكون إكراهاً لدخول الضرر به.

والثاني: أن يكون قصير الزمان كاليوم ونحوه، فلا يكون إكراهاً لقربه وقلة ضرره.

والثالث: أن لا يعلم طوله ولا قصره فيكون إكراهاً، لأن الظاهر في المحبوس على شيء أنه لا يطيق إلا بعد فعله، وحكم القيد إذا هدر به كحكم الحبس، لأنه أحد المانعين من التصرف.

والخامس: أخذ المال فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون كثيراً، يؤثر أخذه في حاله فيكون إكراهاً..

والثاني: أن يكون قليلاً، فلا يؤثر في حاله فلا يكون إكراهاً.

والثالث: أن يكون كثيراً إلا أنه لا يؤثر في حاله لسعة ماله، ففي كونه مكرهاً بأخذه وجهان:

أحدهما: يكون مكرهاً بقدر المال المنفوس به.

والوجه الثاني: لا يكون إكراهاً، اعتباراً بحاله التي لا يؤثر المأخوذ فيها.

والسادس: النفي عن بلده. فننظر حاله: فإن كان ذا ولد وأهل مال لا يقدر على نقل أهله وماله معه، كان إكراهاً. وإن قدر على نقلهما ومكن منهما، ففي كونه إكراهاً وجهان:

أحدهما: لا يكون إكراهاً، لتساوي البلاد كلها في مقامه فيما شاء منها.

والثاني: يكون إكراهاً، لأن النفي عقوبة كالحد، ولأن في تغريبه عن وطنه مشقة لاحقة به.

والسابع: السب والاستخفاف، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون من رعاع الناس وسفلتهم الذين لا يتناكرون ذلك فيما بينهم ولا يغض لهم جاهاً، فلا يكون ذلك إكراهاً في أمثالهم.

والثاني: أن يكون من الصيانات وذوي المروءات، ففيه وجهان:

أحدهما: يكون ذلك إكراهاً في أمثالهم، لما يلحقهم من وهن الجاه، وألم الغلب.

والوجه الثاني: لا يكون إكراهاً، لأن الناس قد علموا أنهم مظلومون به.

والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين: أن ينظر حال الإنسان، فإن كان من أهل الدنيا وطالبي الرتب فيها، كان ذلك إكراهاً في مثله، لأنه ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه. وإن كان من أهل الآخرة وذوي الزهادة في الدنيا، لم يكن ذلك إكراهاً في مثله، لأنه لا ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، بل ربما كان إعلاء لذكره مع كثرة صوابه. هذا مالك بن أنس، جرِّد للسياط فيما كان يفتي به من سقوط يمين المكره، فكأنما كان ذلك حلياً حلي به في الناس. فهذا حكم الإكراه.

فصل: فأما المكره، فيعتبر فيه ثلاثة شروط: وهو الذي لا يقدر على دفع الإكراه عن نفسه إلا بالهرب من المكره لحبسه، أو لإمساكه، فإن قدر على الهرب لم يكن مكرهاً.

وأن يعلم إنه إن خوف المكره بالله تعالى لم يخف لعتوه وبغيه، فإن علم أنه إن خوفه بالله تعالى خاف وكف، فليس بمكره.

وأن لا يكون له ناصر يمنع منه، ولا شفيع يكفه عنه، فإن وجد ناصراً أو شفيعاً فليس بمكره.

فإذا عدم الخلاص من أحد هذه الوجوه الثلاثة تحقق إكراهه، فإذا تلفظ حينئذ بالطلاق لم يخل حاله فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتكلم بالطلاق غير قاصد للفظ الطلاق، ولا مريد لإيقاعه، فهو الذي لا يقع طلاقه، لوجود الإكراه على اللفظ، وعدم الإرادة في الوقوع.

والقسم الثاني: أن يقصد لفظ الطلاق، ويريد إيقاعه، فطلاق هذا واقع لارتفاع حكم الإرادة بقصده وإرادته.

والقسم الثالث: أن يقصد لفظ الثلاث ولا يريد إيقاعه، ففي وقوع الطلاق منه وجهان:

أحدهما: لا يقع طلاقه، لفقد الإرادة في الوقوع.

والوجه الثاني: يقع طلاقه لقصده لفظ الطلاق، فصار فيه كالمختار، وإذا تلفظ المختار بالطلاق ولم يرد به وقوع الطلاق، وقع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (خَلاَ السَّكْرَانِ مِنْ خَمْرٍ أَوْ نَبِيذٍ، فَإِنَّ الْمَعْصِيَةَ بِشُرْبِ الْخَمْرِ لاَ تَسْقُطُ عَنْهُ فَرْضاً وَلاَ طَلاَقاً، وَالْمَغْلُوبُ عَلَى عَقْلِهِ مِنْ غَيْرِ مَعْصِيَةٍ مُثَابٌ، فَكَيْفَ يُقَاسُ مَنْ عَلَيْهِ الْعِقَابُ عَلَى مَنْ لَهُ الثَّوَابُ؟)[1].

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: طلاق المغلوب على عقله.

والثاني: طلاق السكران.

فأما المغلوب على عقله بجنون، أو عَتَه، إو إغماء، أو غش، أو نوم، فإذا تلفظ بالطلاق في حاله هذه التي غلب فيها على عقله فلا طلاق عليه، لقول النبيّ ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَنْتَبِهَ»[2].

ولأنهم بزوال العقل أسوأ حالاً من المكره العاقل، فكان ما دلّ على ارتفاع طلاق المكره فهو على ارتفاع طلاق هؤلاء أدل.

فلو أفاق المغلوب على عقله بما ذكرنا بعد أن تلفظ بالطلاق، لم يلزمه بعد الإفاقة

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤. وتتمة المسألة: «وقد قال بعض أهل الحجاز: يلزمه طلاق، فيلزمه إذا لم يجز عليه الطلاق أن يقول: ولا عليه قضاء الصلاة، كما لا يكون على المغلوب على عقله قضاء صلاته».

(٢) حديث علي وعائشة: سبق تخريجه.

طلاق، فلو اختلفا، فقالت الزوجة: قد كنت وقت طلاقي عاقلاً، وإنما تجاننت أو تغاشيت أو تناومت، وقال الزوج: بل كنت مغلوب العقل بالجنون والإغماء والنوم، فالقول قول الزوج مع يمينه، ولا طلاق عليه، لأمرين:

أحدهما: اعتباراً بالظاهر من حاله.

والثاني: أنه أعرف بنفسه من غيره.

ولو اختلفا فقال الزوج: طلقتك في حال الجنون. وقالت الزوجة: بل طلقتني بعد الإفاقة، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول الزوج مع يمينه، ولا طلاق عليه، لأن الأصل بقاء النكاح، وأن لا طلاق عليه.

والثاني: أن القول قولها مع يمينها، والطلاق له لازم، لأن الأصل الإفاقة، والتزام أحكام الطلاق إلا على صفة مخصوصة.

ولكن لو ادعى أنه طلقها وهو مجنون، وأنكرت أن يكون قد جن قط، فالقول قولها مع يمينها، والطلاق له لازم، لأنه على أصل الصحة حتى يعلم غيرها.

فصل: وأما السكران فعلى ضربين:

أحدهما: أن يسكر بشرب مطرب.

والثاني: أن يسكر بشرب دواء غير مطرب.

فإن سكر بشرب مسكر مطرب، فعلى ضربين:

أحدهما: أن لا ينسب فيه إلى معصية، إما لأنه شربه وهو لا يعلم أنهِ مسكر. وإما بأن أكره عليه وأوجر الشراب فيَ حلقه، فهذا في حكم المغلوب على عقله، ولا طلاق عليه لارتفاع المأثم عنه.

والضرب الثاني: أن يكون عاصياً فيه لعلمه بأنه مسكر، وشربه له مختار. فقد اختلف الناس في وقوع طلاقه.

فذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء: إلى وقوع طلاقه.

وحكي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه ومجاهد، وربيعة، والليث بن سعد، وداود: أن طلاقه لا يقع، وبه قال من أصحابنا: المزني، وأبو ثور. ومن أصحاب أبي

حنيفة: الطحاوي، والكرخي، وحكى المزني في جامعه الكبير عن الشافعي في القديم في ظهار السكران قولين:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في كتبه: يقع، والمشهور من مذهبه.

والثاني: لا يقع، وحكم طلاقه وظهاره في الوقوع والسقوط واحد.

فاختلف أصحابنا في هذا القول الذي تفرد المزني بنقله في القديم، ولم يساعده غيره من أصحاب القديم، ولا وجد في شيء من كتبه القديمة: هل يصح تخريجه قولاً ثانياً للشافعي في القديم: أن طلاقه وظهاره لا يقع؟.

فذهبت طائفة منهم: إلى صحة تخريجه، وأنه قول ثان للشافعي، لأن المزني ثقة فيما يرويه، ضابطاً لما ينقله ويحكيه.

وذهب الأكثرون منهم: إلى أنه لا يصح هذا التخريج، وليس في طلاق السكران إلا قول واحد: أنه يقع، لأن المزني وإن كان ثقة ضابطاً، فأصحاب القديم بمذهبيه فيه أعرف، ويجوز إن ظهر به المزني أن يكون حكاه عن غيره.

واستدل من ذهب إلى أن طلاقه غير واقع، بأنه مفقود الإرادة بعلم ظاهر، فلم يقع طلاقه كالمكره. ولأنه زائل العقل، فلم يقع طلاقه كالمجنون، ولأنه غير مميز، فلم يقع طلاقه كالصغير، ودليلنا من طريقين:

أحدهما: ثبوت تكليفه.

والثاني: وقوع طلاقه.

فأما ثبوت تكليفه فبقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[١]. فدلت على تكليفهم من وجهين:

أحدهما: تسميتهم بالمؤمنين، وندائهم بالإيمان، ولا ينادى به إلا له.

والثاني: نهيهم في حال السكر أن يقربوا الصلاة، ولا ينهى إلا مكلف. ولأنه إجماع الصحابة، لأن عمر شاورهم في حد الخمر، وقال: «أرى الناس قد بالغوا في شربه واستهانوا بحده، فماذا ترون؟ فقال علي عليه السلام: إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فأرى أن يحد حد المفتري ثمانين» فحده عمر وعثمان وعليّ ثمانين[٢]،

---

(١) سورة النساء، الآية: ٤٣.

(٢) ستأتي المسألة في الحدود.

فكان الدليل منه أن الزيادة على الأربعين علة لافترائه في سكره، ولو كان غير مكلف لما حد بما أتاه، ولا كان مؤاخذاً به، وفي مؤاخذته به دليل على تكليفه. فإذا ثبت أنه مكلف، وجب أن يقع طلاقه كالصاحي.

وأما الدليل على وقوع طلاقه في الأصل: فما رواه الزهري، عن سعيد بن المسيب ورواه عبدالله بن الزبير أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا خَطَبَ خَدِيجَةَ بِنْتَ خُوَيْلِدٍ تَزَوَّجَهَا مِنْ أَبِيهَا خُوَيْلِد وَهُوَ سَكْرَانُ وَدَخَلَ بِهَا، فَلَمَّا جَاءَ الإِسْلَامُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لاَ يُزَوِّجُ نَشْوَانُ وَلاَ يُطَلِّقُ إِلَّا أَجَزْتُهُ»[١] وهذا نص.

ولأنه مؤاخذ بسكره، فوجب أن يكون مؤاخذاً بما حدث عن سكره. ألا ترى أن من جنى جناية فسرت لما كان مؤاخذاً بهَا، كان مؤاخذاً بسرايتها؟.

فإن قيل: فليس السكر من فعله، وإنما هو من فعل الله تعالى فيه، فكيف صار منسوباً إليه، ومؤاخذاً به؟.

قيل: لأن سببه وهو الشرب من فعله، فصار ما حدث عنه وإن كان من فعل الله تعالى منسوباً إلى فعله، كما أن سراية الجناية لما حدثت عن فعله، نسبت إليه، وكان مؤاخذاً بها، وإن كان من فعل الله تعالى فيه. لأن رفع الطلاق تخفيف ورخصة، وإيقاعه تغليظ وغريمة، فإذا وقع من الصاحي وليس بعاص، كان وقوعه من السكران مع المعصية أولى. لأن السكران ليس يستدل على سكره بعلم ظاهر هو معذور فيه، وإنما يعرف من جهته وهو فاسق مردود الخبر. وربما تساكر تصنعاً، فلم يجز أن يعدل به عن يقين الحكم السابق بالتوهم الطارىء، ولا يجوز اعتباره بالمكره والمجنون لأمرين:

أحدهما: أن مع المكره والمجنون علم ظاهر يدل على فقد الإرادة هما فيه معذوران، بخلاف السكران.

والثاني: أن المكره والمجنون غير مؤاخذين بالإكراه والجنون، فلم يؤاخذا بما حدث فيهما. كما أن من قطع يد سارق فسرت إلى نفسه، لا يؤاخذه بالسراية، لأنه غير مؤاخذ بالقطع. ولو كان متعدياً بالقطع، لكان مؤاخذاً بالسراية، كما كان مؤاخذاً بالقطع. وخالف الصبي، لأنه مكلف، والصبي غير مكلف. وإذا صح أن طلاقه واقع، فقد اختلف أصحابنا في علة وقوعه على ثلاثة أوجه:

(١) لم أقف عليه، وإنما روي موقوفاً في البيهقي: ٧/ ٣٥٩.

أحدها: وهو قول أبي العباس بن سريج: العلة في وقوع طلاقه أنه متهم فيه لنفسه، وأنه لا يعلم سكره إلا من جهته. فعلى هذا، يلزمه الطلاق وجميع الأحكام المغلظة والمخففة في الظاهر دون الباطن، ويكون فيما بينه وبين الله تعالى فيها مديناً.

والوجه الثاني: أن العلة في وقوع طلاقه بأنه المعصية مغلظ عليه. فعلى هذا، يلزمه كل ما كان مغلظاً من الطلاق، والظهار، والعتق، والردة، والحدود. ولا يصح منه ما كان تخفيفاً، كالنكاح والرجعة، وقبول الهبات والوصايا.

والوجه الثالث: وهو قول الجمهور: إن العلة في وقوع طلاقه إسقاط حكم سكره بتكليفه، وأنه كالصاحي. فعلى هذا، يصح منه جميع ما كان تغليظاً وتخفيفاً، ظاهراً وباطناً.

قال أبو حامد المروزي: كنت أذهب إلى الوجه الثاني حتى وجدت نصاً للشافعي: أنه يصح رجعته وإسلامه من الردة، فرجعت إلى هذا الوجه.

فصل: وأما السكران بشرب دواء غير مطرب، كشارب البنج وما في معناه، فهذا على وجهين:

أحدهما: أن يقصد به التداوي ولا يقصد به السكر، فلا يقطع طلاقه، وهو في حكم المغشي عليه، لأنه مباح لا يؤاخذ به.

والوجه الثاني: أن يقصد به السكر دون التداوي، ففيه وجهان.

الوجه الأول: أن يكون في حكم السكر من الشراب في وقوع طلاقه، ومؤاخذته بأحكامه على ما ذكرنا، لمؤاخذته بسكره ومعصيته بتناوله، كمعصيته بتناول الشراب.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يقع طلاقه، ولا يؤاخذ بأحكامه، ويكون في حكم المغشي عليه، وإن كان عاصياً به، لأن الشراب مطرب يدعو النفس إلى تناوله، فغلظ حكمه زجراً عنه بوقوع الطلاق، كما غلظ بالحد. وهذا غير مطرب، والنفس منه نافرة، ولذلك لم يغلظ بالحد، فلم يغلظ بوقوع الطلاق. والله أعلم.

بَاب الطَّلَاقُ بِالْحِسَابِ وَالِاسْتِثْنَاءِ وغيره[١]

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ فِي اثْنَتَيْنِ، فإِنْ نَوَى مَقْرُونَةً بِاثْنَتَيْنِ فَهِيَ ثَلَاثٌ، وَإِنْ نَوَى الْحِسَابَ فَهِي اثْنَتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً فَوَاحِدَةٌ)[٢].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قال لها: أنت طالق واحدة في اثنتين، فقد قسم الشافعي حاله فيه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يريد واحدة مع اثنتين، فتطلق ثلاثاً، لأن «في» قد تقوم مقام «مع»، لأنها من حروف الصفات التي يقوم بعضها مقام بعض، قال الله تعالى: ﴿وَنَصَرْنَاهُ مِنَ الْقَوْمِ﴾[٣]. أي: على القوم.

والقسم الثاني: أن يريد الحساب وهو مضروب واحدة في اثنتين، فتطلق اثنتين، لأنهما مضروب الواحدة فيهما.

والقسم الثالث: أن لا يكون إرادة، فالذي نص عليه الشافعي في جميع كتبه ونقله المزني هاهنا، وفي جامعه الكبير: أنها تكون واحدة، لأن قوله: أنت طالق واحدة إيقاع لها، وقوله في اثنتين على مقتضى اللسان ظرف للواحدة، والظرف محل لا يتبع المقصود في حكمه، كما لو قال: أنت طالق في ثوبين، أو في دارين، طلقت واحدة إذا لم يرد أكثر منها، وكما لو أقر بثوب في منديل كان إقراراً بالثوب، دون المنديل، وهذا قول أبي حنيفة أيضاً.

وقال أبو إسحاق المروزي: تطلق اثنتين إذا لم تكن له إرادة، لأنه ليس للطلاق محل، فيجعل الاثنتين ظرفاً.

---

(١) في المختصر: باب الطلاق بالحساب والاستثناء من الجامع، من كتابين.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٤.

(٣) سورة الأنبياء، الآية: ٧٧.

وإذا بطل أن يكون ظرفاً، فصار محمولاً على موجب الحساب فكان اثنتين، وهذا مع مخالفته للنص فاسد، لأنه إن لم يكن للطلاق محل، فللمطلقة محل، فجرى مجرى قوله في ثوبين وفي دارين، وهو محتمل لذلك، فلم يبطل حكم هذا الاحتمال.

فصل: فعلى هذا، لو قال: أنت طالق واحدة في ثلاث، فإن أراد مع ثلاث أو أراد الحساب، طلقت ثلاثاً، وإن لم يكن له إرادة، طلقت اثنتين أيضاً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، لاَ تَقَعُ عَلَيْكِ، فَهِيَ واحِدَةٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأنه قد أوقع واحدة وأراد رفعها، فالطلاق بعد وقوعه لا يرتفع، وجرى ذلك مجرى قوله لعبده: أنت حر حرية لا تقع عليك، فإنه يعتق عليه، لأن الحرية بعد العتق لا ترتفع.

وهكذا لو قال: أنت طالق لا، طلقت، ولم يؤثر قوله «لا» بعد تقديم الطلاق.

ولو قال: أنت لا طالق، لم يقع الطلاق، لأنه قدم حرف النفي.

ولو قال لها: أنت طالق اثنتين لا يقعان عليك، طلقت اثنتين. وهكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً لا يقعن عليك، طلقت ثلاثاً. ولكن لو قال: أنت طالق واحدة وثانية لا تقع عليك، أو قال: ثانية لا طلقت واحدة، لأن تقدير كلامه، فأما الثانية فلا تقع عليك.

وهكذا لو قال: أنت طالق اثنتين وثالثة لا تقع عليك، أو قال: وثالثة لا، طلقت اثنتين. ولو قال: أنت طالق اثنتين لا تقع واحدة منهما عليك، طلقت واحدة، وصار استثناء كقوله: أنت طالق اثنتين لا واحدة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ، كَانَتْ تَطْلِيقَتَيْنِ)[2].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا يختلف فيه أصحابنا، أنه إذا قال: أنت طالق واحدة، قبلها واحدة، أنها طالق طلقتين. ولكن اختلفوا في الواحدة التي جعلها قبل التي أوقعها، هل تقع قبلها على موجب لفظه أو تقع معها؟ على وجهين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٤.

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنها تقع مع التي أوقعها، ولا تقع قبلها، لئلا يكون وقوع الطلاق سابقاً للفظ الطلاق.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنها تقع قبل التي أوقعها، اعتباراً بموجب لفظه، ويكون وقوعها بعد لفظه، وقبل التي أوقعها بلفظه، فيجعل ناجز الطلاق مؤخراً ليتقدمه طلاق الصفة، حتى لا يكون وقوعه سابقاً للفظه.

وهذا فاسد، لأن ناجز الطلاق يقع بنفس اللفظ ولا يتعقبه. ألا تراه لو قال لها: أنت طالق ومات مع آخر كلامه من غير فصل، طلقت، ولو كان يقع بعده لم تطلق؟.

فعلى قول أبي إسحاق: تقع الطلقتان عليها بعد لقظه بزمانين، لتقع كل واحدة من الطلقتين في كل واحد من الزمانين.

وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة: تقع الطلقتان بنفس اللفظ من غير زمان يعتبر بعده.

فلو قال الزوج: أردت بقولي قبلها واحدة في نكاح كان تقدمه، فإن صدقته الزوجة عليه لم تطلق إلا واحدة. وإن أكذبته، فإن كانت له بيِّنة على النكاح المتقدم، كان القول فيه قوله مع يمينه، ولا تطلق إلا واحدة. وإن لم تكن له بينة، كان القول قولها مع يمينها، لأن الظاهر معها، ولزمه في ظاهر الحكم طلقتان، وكان مديناً في الباطن، لا يلزمه إلا واحدة.

فصل: ولو قال: أنت طالق واحدة بعدها واحدة، طلقت طلقتين، وتكون واحدة بعد واحدة على موجب لفظه، لا يختلف فيه أصحابنا. فتكون الناجزة متقدمة على الواقعة بالصفة، إلا أن على قول أبي إسحاق: تقع الأولى بعد قوله: أنت طالق واحدة، وتقع الثانية بعد قوله بعدها: واحدة.

وعلى قول أبي علي: تقع الأولى مع قوله: أنت طالق واحدة، وتقع الثانية مع قوله بعدها: واحدة.

فلو قال الزوج: أردت بقولي بعدها واحدة، أنني استأنف إيقاعها عليها من بعد لفظ مستجد، ولم أرد إيقاعها الآن بهذا اللفظ فإن صدقته الزوجة قبل منه ظاهراً وباطناً، ولم يلزمه في الحال إلا واحدة، فكان موعداً بطلقة أخرى إن أوقعها، وإلا لم يجبر عليها. وإن أكذبته الزوجة، لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ولزمته طلقتان، وكان مديناً في الباطن لا تلزمه إلا واحدة.

فصل: ولو قال: أنت طالق واحدة قبلها واحدة، وبعدها واحدة، طلقت ثلاثاً.

وهكذا لو قال: أنت طالق واحدة بعد واحدة وبعد واحدة، طلقت ثلاثاً، ولا فرق بين أن يقول قبلها واحدة وبعدها واحدة، وبين أن يقول قبل واحدة وبعد واحدة.

ولو قال: أنت طالق واحدة مع واحدة، طلقت طلقتين. ولو قال: أنت طالق واحدة فوق واحدة، أو أنت طالق واحدة تحت واحدة، طلقت طلقتين.

ولو قال في الإقرار على درهم فوق درهم، أو تحت درهم، لم يلزمه إلا درهم واحد.

والفرق بينهما: أن الدراهم تتفاضل، فجاز أن ينسب فوق إلى الجودة، وتحت إلى الرداءة، والطلاق لا يتفاضل، فلم يصح أن ينسب إلا إلى الوقوع. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ رَأْسُكِ، أَوْ شَعْرُكِ، أَوْ يَدُكِ، أَوْ رِجْلُكِ، أَوْ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَائِكِ طَالِقٌ، فَهِيَ طَالِقٌ لاَ يَقَعُ عَلَى بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ)**[1].

قال الماوردي: وهو كما قال. إذا طلق بعض بدنها، طلق جميعها، سواء كان ما طلقه منها جزءاً شائعاً مقدراً كقوله: ربعك طالق، أو نصفك طالق. أو غير مقدر كقوله: جزء منك طالق. أو كان عضواً معيناً كقوله: رأسك طالق، أو يدك طالق، أو شعرك طالق، أو ظفرك طالق. وسواء كان العضو مما يعبر به عن الجملة ولا يحيا كالرأس، أو كان مما لا يعبر به عن الجملة ويحيا بفقده كاليد والشعر، أو كان مما لا يعبر به عن الجملة، واختلف أصحابنا في طلاق بعضها: هل يقع عليه، ثم يسري منه؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يقع الطلاق على ذلك البعض، ثم يسري منه إلى جميعها.

والوجه الثاني: أنه يكتمل في الحال، ثم يقع على جميعها في حالة واحدة من غير سراية.

وقال أبو حنيفة: إن طلق جزءاً شائعاً منها طلقت، مقدراً كان أو غير مقدر. وإن طلق عضواً منها، طلقت بخمسة أعضاء، وهي قوله: رأسك طالق، أو ظهرك طالق، أو وجهك طالق، أو رقبتك طالق، أو فرجك طالق، ولا تطلق بغيرها من قوله: يدك طالق، ورجلك طالق، وشعرك طالق.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

واختلف أصحابنا في علة وقوع الطلاق بهذه الأعضاء الخمسة دون غيرها:

فقال بعضهم: العلة فيها أنها أعضاء لا يحيا بقطعها، واليد والرجل يحيا بقطعها.

وقال آخرون منهم، وهو قول أكثرهم: إن العلة فيها أنه قد يعبر بهذه الأعضاء الخمسة عن جملتها، ولا يعبر بغيرها عنها.

أما الوجه فلقوله تعالى: ﴿وَيَبْقَى وَجْهُ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ والإِكْرَامِ﴾[1].

وأما الرأس فلقولهم: عندي كذا رأس من الرقيق.

وأما الظهر فلقولهم: عندي من الظهر كذا وكذا.

وأما الرقبة فلقوله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾[2].

وأما الفرج فلقوله ﷺ: «فَكَيْفَ بِكُمْ إِذَا رَكِبَتِ الْفُرُوجُ السُّرُوجَ؟».

واستدل على أن الطلاق لا يقع بطلاق ما سواها، بأنه جزء يصح بقاء النكاح مع فقده، فإذا أوقع الطلاق عليه، لم يطلق به كالدم واللحم. قال: ولأن صحة الطلاق معتبر بالقول، فلم يصح إيقاعه على غير معين كالبيع والنكاح. قال: ولأنه سبب للفرقة، فلم يصح تعليقه ببعض معين، كالفسخ.

ودليلنا: أنه طلق جزءاً استباحه بعقد النكاح، فوجب أن يقع به الطلاق إذا كان من أصله، كالجزء الشائع.

فإن قيل: المعنى في الجزء الشائع، أنه يجوز إفراده بالبيع، فوقع به الطلاق، والجزء المعين لا يجوز إفراده بالبيع، فلم يقع به الطلاق.

قيل: لا يصح اعتبار الطلاق بالبيع، لأن البيع يقف على ما تناوله ولا يسري إلى غيره، فصح في الجزء الشائع، لأنه منتفع به. ولم يصح في الجزء المعين، لأنه غير منتفع به. وليس كذلك الطلاق، لأنه يسري، فوقع على الجزء المعين والشائع جميعاً لسرايتها إلى الجميع.

فإن قيل: فالجزء المشاع هو شائع في جميع البدن، فجاز أن يسري والجزء المعين ليس بشائع في جميع البدن فلم يجز أن يسري.

(١) سورة الرحمن، الآية: ٢٧.

(٢) سورة البلد، الآية: ١٣.

قيل: إذا جاز أن يسري من ذلك الجزء الشائع إلى جميع الأجزاء، جاز أن يسري من ذلك العضو المعين إلى جميع الأعضاء.

فإن قيل: فالعضو تابع للجملة، ولا يجوز أن يسري حكم التابع إلى المتبوع، كما لا يسري عتق الحمل إلى الحامل، لأن الحمل تابع، ويسري عتق الحامل إلى الحمل، لأنه متبوع.

قيل: العضو تابع للنفس، فلذلك دخلت ديات الأطراف في دية النفس، وليس العضو تابع للبدن، لأنه لا يدخل دية عضو في دية عضو، ثم ينتقض بطلاق الفرج والأعضاء الخمسة.

وقياس ثان: وهو أنه أشار بالطلاق إلى عضو متصل بها اتصال الخلقة، فوجب أن يكون كالإشارة به إلى جميع الجملة، كالأعضاء الخمسة، وقولنا: اتصال الخلقة، احترازاً من الأذن إذا ألصقت بعد قطعها، فإنه إذا وقع الطلاق عليه لم يطلق به.

فإن قيل: المعنى في الأعضاء الخمسة أنها قوام البدن، وأنها لا يحيا بفقدها، انتقض بالكبد والفؤاد لأنهما قوام البدن لا يحيا إلا بهما، ولا تطلق عنده بطلاقهما.

وأن يقال: المعنى فيها: أنه يعبر بها عن الجملة، كان الجواب عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يعبر عن الجملة على طريق المجاز دون الحقيقة، وصريح الطلاق يتعلق بالحقيقة دون المجاز.

والثاني: أنه يعبر بها عن الجملة إذا أطلقت من غير إضافة، وهي هاهنا مضافة، لأنه قال: رأسك طالق، فلم يعبر بها مع الإضافة إلا عنها، لا عن الجملة، لأن الإضافة قد ميزت المضاف من المضاف إليه.

والثالث: أنه قد يعبر عن الجملة بغير الأعضاء الخمسة:

أما اليد فبقوله تعالى: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ﴾[1].

وأما الرجل فلقولهم: لفلان عند السلطان قدم أي: منزلة.

وأما الشَّعْر فلقولهم: حيا الله هذه اللحية، أي: الجملة.

---

(١) سورة المسد، الآية: ١.

وقياس ثالث: وهو أن كلما لو استثناه من عقد النكاح بطل، وجب إذا أوقع عليه الطلاق أن يقع كالفرج.

فأما الجواب عن قياسه على الحمل والدم، فالمعنى فيهما: أنه لم يستبحهما بعقد النكاح.

وأما الجواب عن قياسه على البيع والنكاح، فالمعنى فيهما: أنهما لا يدخلهما السراية.

وأما الجواب عن قياسه على الفسخ، فالمعنى في الفسخ: أنه لا يسري كسراية الطلاق، فخالف حكم الطلاق.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فكل ما كان متصلاً ببدنها اتصال الخلقة من جميع الأطراف والشعر، وإذا أوقع عليه الطلاق وقع على جميعها على ما قدمناه من وجهي أصحابنا في وقوعه جملة أو سراية. فأما ما لم يكن متصلاً اتصال الخلقة، كالحمل والأذن الملصقة بعد القطع، فلا تطلق بطلاقه. وكذلك الدم والريق والعرق. لأن البدن وعائه وليس بمتصل به، كما يكون وعاء للطعام والشراب، ولذلك ينفصل عن البدن كانفصال الطعام والشراب، فلذلك لم تطلق بطلاقه.

وقال ابن أبي ليلى: تطلق بطلاق ذلك، لكونه من جملتها، وفي بدنها كسائر أعضائها.

وهذا خطأ لما عللنا به، وأنه يجري مجرى قوله: ثيابك طالق.

وهكذا لو أوقع الطلاق على أفعالها فقال: أكلك طالق، أو شربك طالق، أو قيامك طالق، أو وقودك طالق. وهكذا إذا أوقعه على حواسها فقال: نظرك طالق، أو سمعك طالق، أو ذوقك طالق، أو لمسك طالق، لم تطلق لانفصاله عنها، إلا أن يوقعه على جوارح هذه الحواس فيقول: عينك طالق، وأذنك طالق، وأنفك طالق، ولسانك طالق، فتطلق.

فإن قال: عندك طالق لم تطلق أيضاً، فأما إن قال: بياضك طالق، أو سوادك طالق، أو لونك طالق، ففي وقوعه عليها وجهان:

أحدهما: تطلق، لأنه من ذاتها التي لا تنفصل عنها.

والوجه الثاني: أنها لا تطلق، لأن الألوان أعراض تحل الذات، وليست أجساماً كالذات.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إلا فرجك، طلقت مع فرجها، لأنها لا تتبعض في الطلاق والاستثناء لا يسري، والطلاق يسري ولو قال لها: أنت طالق إلا أنت، وطلقت، وكان هذا الاستثناء لغواً، لأنه رافع لجميع الأحكام.

فصل: ولو قال وله زوجتان: يا حفصة أنت طالق ورأس عمرة بالرفع، طلقت حفصة وعمرة، لأنه طلق جميع حفصة وطلق رأس عمرة، فطلق جميعها، ولو قال: يا حفصة أنت طالق ورأس عمرة بالكسر، لم تطلق عمرة، لأنه صار خارجاً مخرج القسم برأس عمرة على طلاق حفصة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ بَعْضَ تَطْلِيقَةٍ كَانَتْ تَطْلِيقَةً، وَالطَّلَاقُ لَا يَتَبَعَّضُ)[1].

قال الماوردي: وهو كما قال. إذا بعض طلاقها يكمل ولم يتبعض، سواء كان البعض منها كقوله: أنت طالق بعض طلقة، أو كان مقداراً: أنت طالق نصف طلقة، أو عشر طلقة، سواء قل البعض أو كثر، ويكون طلقة كاملة.

وقال داود: لا يقع الطلاق عليها إلا بطلقة كاملة، وإن طلقها بعض طلقة لم تطلق، لأنه لما لم يتبعّض لم يجز أن يلزم منه ما لم يلزم، وصار البعض الذي أوقعه لغواً.

وهذا فاسد، لأن تكميل الطلاق موجب لكمال التحريم، وتبعيضه مقتضى تبعيض التحريم، والتحريم لا يتبعض، فصار التحريم بالتبعيض ممازجاً للتحليل، وهما لا يمتزجان، فلم يكن بد من تغليب أحدهما على الآخر، فكان تغليب التحريم أولى لأمرين:

أحدهما: أن الحظر والإباحة إذا اجتمعا يغلب حكم الحظر على الإباحة، كاختلاط زوجته بأخته.

والثاني: أن تحريم الطلاق يسري، وإباحة النكاح لا تسري، لأنه لو طلق نصف زوجته سرى الطلاق إلى جميعها، ولو نكح نصف امرأة لم يسر النكاح إلى جميعها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَيْ تَطْلِيقَةٍ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن للواحدة نصفين، فلم يكن فرق بين أن يقول لها: أنت طالق طلقة واحدة، وبين أن يقول لها: أنت طالق نصفي طلقة واحدة، في أنها في الحالين طلقة واحدة، كما أنه لا فرق بين أن يقول: له عليّ درهم، وبين أن يقول: له عليّ نصفا درهم، في أنه يكون في الحالين مقراً بدرهم.

وهكذا لو قال: أنت طالق ثلاثة أثلاث طلقة، أو أربعة أرباع طلقة، كانت طلقة واحدة، ما لم يرد أكثر منها، لأن للطلقة الواحدة ثلاثة أثلاث وأربعة أرباع.

فصل: ولكن لو قال: أنت طالق نصف تطليقة، ومثله، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق واحدة، لأن مثل النصف نصف، فصار كأنه قال: نصفي تطليقة.

والوجه الثاني: تطلق تطليقتين لأمرين:

أحدهما: أنه لم يدخل بين النصفين واو العطف، وقد أدخلها هاهنا.

والثاني: أنه أضاف النصفين إلى طلقة واحدة، ولم يضفها هاهنا إلى طلقة واحدة. فعلى هذا، لو قال: أنت طالق نصف طلقة ومثله، طلقت على الوجه الأول: طلقتين، وعلى الوجه الثاني: ثلاث تطليقات. ولكن لو قال: أنت طالق نصف طلقة ونصفها، طلقت اثنتين وجهاً واحداً.

والفرق بين المثل والضعف: أن المثل نظير، والضعف تكرير.

فصل: فأما إذا قال لها: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق طلقتين، لأن الثلاثة الأنصاف تكون واحدة ونصف، فكمل اثنتين.

والوجه الثاني: تطلق واحدة، لأنه أضاف الثلاثة الأنصاف إلى الواحدة، فصار النصف الثالث بإضافته إلى الواحدة لغواً فسقط، وطلقت واحدة، وهكذا لو قال لها: أنت طالق أربعة أثلاث طلقة، أو خمسة أرباع طلقة، كان على هذين الوجهين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

أحدهما: تطلق اثنتين.

والثاني: واحدة.

فصل: ولو قال: أنت طالق نصف طلقة، وثلثها، وسدسها، طلقت واحدة، لأنه قد كملها بالأجزاء ولم يزد عليها. ولو قال: أنت طالق نصف طلقة، وثلثها، وربعها، وسدسها، فقد زادت أجزاؤها عليها، وهي مضافة إلى واحدة، فكان على وجهين، كقوله: ثلاثة أضعاف طلقة:

أحدهما: تطلق اثنتين.

والثاني: واحدة.

ولكن لو قال: أنت طالق نصف طلقة، وثلث طلقة، وسدس طلقة، طلقت ثلاثاً. ولو قال: أنت طالق نصف طلقة، سدس طلقة، طلقت واحدة.

والفرق بينهما: أنه إذا أدخل بين الأجزاء «واو» العطف تغاير المعطوف عليه، وإذا حذفها لم يتغاير.

فصل: ولو قال: أنت طالق نصف طلقتين، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تطلق واحدة، ويصير كقوله واحدة من اثنتين، ويكون النصف مميزاً لإحداهما عن الأخرى.

والوجه الثاني: تطلق تطليقتين، ويكون النصف راجعاً إلى كل واحدة من الطلقتين، فتطلق من كل واحدة منهما نصفها، ويسري إلى جميعها.

وعلى هذا، لو قال: أنت طالق نصفي تطليقتين، فعلى الوجه الأول: تطلق تطليقتين، وعلى الوجه الثاني: تطلق ثلاثاً.

ولو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، طلقت ثلاثاً على الوجهين معاً.

أما على الوجه الأول، فلأن النصف لما كان موقعاً لطلقة، وجب أن تكون الثلاثة أنصاف موقعاً لثلاث تطليقات.

وأما على الوجه الثاني: فلأن كل واحد من الأنصاف يرجع إلى كل واحدة من التطليقتين، فيصير موقعاً لستٍ، فوقع منها ثلاث.

فصل: ولو قال: أنت نصف طالق، طلقت كما لو قال: نصفك طالق، ولو قال: أنت نصف طلقة، كان وقوع الطلاق عليها وجهان، كقوله: أنتِ الطلاق:

أحدهما: تطلق واحدة، إذا قيل: إن قوله: أنت الطلاق صريح.

والثاني: لا تطلق، إذا قيل: إنه كناية.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ قَدْ أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ تَطْلِيقَةً، كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ طَالِقاً وَاحِدَةً، وَكَذَلِكَ تَطْلِيقَتَيْنِ، وَثَلاَثاً، وأَرْبَعاً إِلاَّ أَنْ يُرِيدُ قِسْمَ كُل وَاحِدَةٍ فَيُطَلَّقْنَ ثَلاَثاً ثَلاَثاً)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال لأربع زوجات له: قد أوقعت بينكن تطليقة، كان ذلك صريحاً في وقوع الطلاق عليهن، لأنه لا فرق في عرف الخطاب بين قوله: قد أوقعت عليكن، وبين قوله: قد أوقعت بينكن. كما لا فرق في الإقرار بين قوله: هذه الدار لزيد وعمرو، وبين قوله: هي بين زيد وعمرو، لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض. وإذا كان ذلك صريحاً، فله في إيقاع الطلاق بينهن ستة أحوال:

أحدها: أن يوقع بينهن تطليقة واحدة، فتطلق كل واحدة منهن واحدة، لأن الواحدة إذا قسمت بين أربع كان قسط كل واحدة منهن الربع، فيكمل الربع بالسراية تطليقة كاملة.

والحال الثانية: أن يوقع بينهن تطليقتين، فلا يخلو حاله فيهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يريد قسمة جملة التطليقة بينهن، فتطلق كل واحدة منهن واحدة، لأن قسطها من قسمة الثنتين نصف واحدة، فكملت واحدة.

والقسم الثاني: أن يريد قسمة كل واحدة منهما بينهن. فتطلق كل واحدة منهن تطليقتين، لأن قسطها من كل واحدة منهما ربع، فيكمل الربع طلقة، فوقع عليها بالربعين تطليقتان.

والقسم الثالث: أن لا يكون له إرادة في القسم، فمذهب الشافعي: أنه يحمل إطلاق ذلك على قسمة جملة التطليقتين بينهن، فيكون قسط كل واحدة منهن نصف تطليقة.

وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر، وحكاه أبو علي الطبري في إفصاحه: إنه يحمل

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

إطلاق ذلك على قسمة كل تطليقة بينهن، فيكون قسط كل واحدة منهن ربعي تطليقتين، فتطلق تطليقتين. وما نص عليه الشافعي أصح، لأنه إذا كان محتملاً للأمرين، وجب حمله على الأقل.

والحال الثالثة: أن يوقع بينهن ثلاث تطليقات. فإن أراد قيمة الجملة بينهن، طلقت كل واحدة منهن تطليقة واحدة، لأن قسطها من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة، فكملت تطليقة. وإن أراد قسمة كل تطليقة بينهن كل واحدة منهن ثلاثاً، لأن قسطها ثلاثة أرباع تطليقات، فيكمل كل ربع تطليقة. وإن لم تكن له إرادة، فعلى مذهب الشافعي: يحمل على قسمة الجملة، فتطلق كل واحدة منهن واحدة. وعلى الوجه الآخر تطلق كل واحدة منهن ثلاثاً.

والحال الرابعة: أن يوقع بينهن أربع تطليقات. فإن أراد قسمة الجملة، طلقت كل واحدة منهن واحدة، وعلى الوجه الآخر: تطلق كل واحدة منهن ثلاثاً، وتكون الرابعة لغواً. وإن لم تكن له إرادة، فعلى مذهب الشافعي: تطلق واحدة، وعلى الوجه الآخر: ثلاثاً.

والحال الخامسة: أن يوقع بينهن خمس تطليقات. فإن أراد قسمة الجملة بينهن، طلقت كل واحدة منهن تطليقتين، لأن قسط كل واحدة، واحدة وربع، فكملت اثنتين. وإن أراد قسمة كل تطليقة بينهن، طلقت ثلاثاً من خمس.

وإن لم تكن له إرادة، فعلى مذهب الشافعي: تطلق كل واحدة تطليقتين، وعلى الوجه الآخر: ثلاثاً. وكذلك لو أوقع بينهن ستاً أو سبعاً أو ثمانية، لأن قسط كل واحدة من الست تطليقة ونصف، ومن السبع تطليقة وثلاثة أرباع، ومن الثمان تطليقتان، ولا فرق بين تطليقتين وبين تطليقة من بعض ثانية في تكميلها بطلقتين.

والحال السادسة: أن يوقع بينهن تسع تطليقات، فتطلق كل واحدة منهن ثلاثاً ثلاثاً، لأن قسطها من قسمة الجملة تطليقتان وربع، وهو أقل أحوالها، فكملت ثلاثاً. وكذلك لو أوقع بينهن أكثر من سبع أو أكثر من ثمان، ودون التسع، كثمان ونصف أو ثمان وعشر، لأنه زاد قسط كل واحدة على الثنتين ولو بيسير من ثالثة، كمل ثلاثاً.

فصل: ولو قال: قد أوقعت بينكن تسع تطليقات، وقال: أردت بالتسع ثلاثاً واستثنيت الرابعة، طلق الثلاث ظاهراً وباطناً، وطلقت الرابعة في الظاهر، وكان مديناً في الباطن.

فصل: ولو قال: قد أوقعت بينكن خمساً، وقال: أردت التفضيل بينهن في القسمة،

وأن يكون ثلاث من الخمس لواحدة، والثنتان الباقيتان بين الثلاث، قبل قوله في التي فضلها ظاهراً، وطلقت منه ثلاثاً، وقد كان يقع عليها لولا التفضيل تطليقتان. ولم يقبل قوله في اللائي نقصهن في الظاهر وإن كان مديناً في الباطن، لأنه قد كان يقع على كل واحدة منهن لولا التفضيل طلقتان، ويقع عليها مع التفضيل واحدة، فيلزمه في الظاهر تطليقتان، وفي الباطن واحدة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا اثْنَتَيْنِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ. وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا ثَلاثاً، فَهِيَ ثَلَاثٌ. إِنَّمَا يَجُوزُ الِاسْتِثْنَاءُ إِذَا بَقِيَ شَيْئاً، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ شَيْئاً فَمُحَالٌ)[1].

قال الماوردي: أما الاستثناء فهو ضد المستثنى منه، لأنه يخرج منه ما لولاه لكان داخلاً فيه، فيكون من الإثبات نفياً ومن النفي إثباتاً.

فإذا قال: جاءني القوم إلا زيداً، فقد أثبت مجيء القوم إليه، ونفى مجيء زيد إليه، لاستثنائه منهم ولو قال: ما جاءني أحداً إلَّا زيد، فقد نفى مجيء أحد، وأثبت مجيء زيد لاستثنائه من نفي.

وإذا عاد الاستثناء إلى جملة، كان المراد بها، ما بقي بعد الاستثناء منها. فإذا قال: له عشرة إلا ثلاثة، كان إقراره بسبعة، ولم يكن فرق بين أن يقول مبتدئاً: على سبعة، وبين قوله: له عليّ عشرة إلا ثلاثة.

قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَاماً﴾[2]. فكان كقوله: تسعمائة وخمسين عاماً، ويجوز أن يأتي استثناء ثاني بعد أول وثالث بعد ثاني، فيعود الأول إلى المستثنى نقص فيه إثباتاً، كان الاستثناء الأول نفياً، والثاني إثباتاً، والثالث نفياً لما ذكرنا، من أن حكم الاستثناء ضد حكم المستثنى منه.

مثاله: أن يقول: له عشرة إلا سبعة إلا خمسة، فيكون مقراً بثمانية. لأن قوله: له عليّ عشرة، إثبات، فكان قوله: إلا سبعة، نفياً لها من العشرة، فسقطت منها بقيت ثلاثاً، فلما قال: إلا خمسة، عاد إلى السبعة وهي نفي، فكانت الخمسة إثباتاً، فزيدت على الثلاثة الباقية من العشرة، فصارت ثمانية، وصار مستثنىً لاثنتين من عشرة، لأن الخمسة المستثناء من السبعة يبقى منها اثنتان، فصار هو المستثنى من العشرة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

(٢) سورة العنكبوت، الآية: ١٤.

وشاهده: من كتاب الله تعالى قوله في قصة إبراهيم ولوط: ﴿قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَى قَوْمٍ مُجْرِمِينَ إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا امْرَأَتَهُ﴾[١]. فاستثنى آل لوط بالنجاة من القوم المجرمين في الهلاك، ثم استثنى امرأة لوط من آل لوط المنجون من الهلاك، فصارت من الهالكين.

فأما إذا كان بعد الاستثناء الأول يأتي بواو العطف، كانا استثناء واحداً كقوله: عليّ عشرة إلا أربعة إلا ثلاثة، فيكون كقوله: عليّ عشرة إلا سبعة، فيكون عليه ثلاثة، لأن واو العطف تجمع بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم، ومتى كان الاستثناء رافعاً لجميع المستثنى منه، بطل الاستثناء وثبت المستثنى منه، كقوله: له عليّ عشرة، ثبت إقراره بالعشرة وبطل استثناؤه للعشرة. لأن الاستثناء موضوع لإبقاء بعض الجملة، لا لرفعها. ألا ترى أنه لا يحسن أن يقول: جاء بنو تميم إلا بني تميم، ويحسن أن يقول: إلا الصبيان، لأن في الأول رافع، وفي الثاني مبقي، ويجوز أن يكون الاستثناء رافعاً للأول مبقياً للأكثر إجماعاً. كقوله: عليّ عشرة دارهم، فيبقى تسعة يكون مقراً بها.

فأما إذا كان رافعاً للأكثر مبقياً للأقل، جاز على قول جميع الفقهاء وأكثر أهل العربية، فيقول: له عليّ عشرة إلا تسعة، فيكون مقراً بدرهم.

وحكي عن ابن درستوية من النحاة: أنه أبطل الاستثناء إذا كان رفع الأكثر، وأبقى الأقل. وهو قول مطرح، لأن القرآن يدفعه. قال الله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ بِمَا أَغْوَيْتَنِي لَأُزَيِّنَنَّ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ وَلَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾[٢]. فاستثنى المخلصين المؤمنين، ونفى الكافرين. ثم قال بعدها: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾[٣]. فاستثنى الغاوين من الكافرين وبقي المؤمنين، ولا بد أن يكون أحدهما أكثر من الآخر، على أن الكفار أكثر لقوله: ﴿وَلَا تَجِدُ أَكْثَرَهُمْ شَاكِرِينَ﴾[٤]. فدل على جواز الاستثناء الأكثر. وقال الشاعر.

أدُّوا التي نقصَتْ تسعينَ عن مائة ثُـمّ ابعثـوا حكمـاً بـالحـقّ قـوّالاً

فاستثنى تسعين من مائة وهي الأكثر.

---

(١) سورة الحجر، الآيات: ٥٨ ـ ٦١.
(٢) سورة الحجر، الآيتان: ٣٩ و ٤٠.
(٣) سورة الحجر، الآية: ٤٢.
(٤) سورة الأعراف، الآية: ١٧.

فصل: فإذا ثبث ما وصفنا من تمهيد هذه الأصول، كان الاستثناء في الطلاق مبنياً عليها.

فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، طلقت اثنتين، لبقائها بعد استثنائها الواحدة.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة اثنتين، طلقت واحدة لبقائها بعد الاستثناء للاثنتين

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، طلقت ثلاثاً لإيقاعها بعد استثنائها.

ولو قال: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً. ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنها تطلق ثلاثاً، لأنه لا يملك من الطلاق إلاّ ثلاثاً، والزيادة عليها من الخمس لغو، فصار كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، فطلقت ثلاثاً.

والوجه الثاني: وقد حكاه البويطي عن الشافعي: إنها تطلق اثنتين، لأن الخمس لغواً إذا لم يتعقبها استثناء. فأما مع الاستثناء فلا تكون لغواً، لأن الباقي هو المقصود، فخرجت عن حكم اللغو.

فعلى هذا، لو قال: أنت طالق خمساً إلا اثنتين، طلقت على الوجه الأول: واحدة، لعود الاستثناء إلى الثلاث، وعلى الوجه الثاني: تطلق ثلاثاً، لعود الاستثناء إلى الخمس.

ولو قال: أنت طالق أربعاً إلا اثنتين، طلقت على الوجه الأول: واحدة، وعلى الوجه الثاني: اثنتين. ولكن لو قال: أنت طالق ستاً إلا ثلاثاً، طلقت ثلاثاً على الوجهين، لأن الاستثناء إن عاد إلى الست فقد أبقى ثلاثاً، وإن عاد إلى الثلاث فقد استثنى جميعها، فلم يصح.

فصل: وإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، طلقت اثنتين، لأن الاستثناء الأول نفي فبقيت بعده واحدة، والاستثناء الثاني إثبات فزادت به واحدة. وتحقيقه: أن الاستثناء الثاني قد أسقط من الاستثناء الأول واحدة، فصار الباقي منه واحدة، وهو القدر المستثنى من الثلاث، فبقيت اثنتان.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة، طلقت واحدة. لأنه لما جمع بين

عددي الاستثناء بواو العطف، صار المستثنى واحدة، وجرى مجرى قوله: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، فتطلق واحدة.

وهكذا لو قال: أنت طالق طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا واحدة، طلقت واحدة، لأن دخول واو العطف بين العددين يجعل إعادة حرف الاستثناء تأكيداً.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق ثلاثاً، لأن عددي الاستثناء إذا جمعا كانا ثلاثاً، فصار كقوله: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، فتطلق ثلاثاً، ويبطل الاستثناء لرفعه للجميع.

والوجه الثاني: تطلق واحدة، إسقاطاً للواحدة الأخيرة من عددي الاستثناء، لتكون الثنتان الباقيتان منه عدداً يصح الاستثناء، فلذلك طلقت واحدة، لأنه لما قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين بقيت واحدة. فإذا قال: إلا واحدة، صار كأنه قد استثنى واحدة من واحدة فلم يصح.

ولو كان قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة واثنتين، ففي الوجه الأول: تطلق ثلاثاً إسقاطاً لجميع الاستثناء، وعلى الوجه الثاني: تطلق اثنتين إسقاطاً لآخر العددين، وإثباتاً للأول.

ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة، إلا واحدة، طلقت ثلاثاً، وسقط الاستثناء. لأنه لما فرق الجملة المستثنى منها صار الاستثناء راجعاً إلى أقربها، وهي الواحدة الأخيرة، فلم يصح استثناؤها. وهكذا لو قال لها: أنت طالق وطالق فطالق، إلا طلقة، طلقت ثلاثاً لأنه أفردها ولم يجمعها، فلم يصح الاستثناء فيها.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إلا اثنتين ونصف إلا واحدة، طلقت ثلاثاً لأن نصف الثالثة يسري فيصير واحدة كاملة، وقد ضمها إلى اثنتين بواو العطف، فصار كقوله: أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة، فتطلق ثلاثاً، ويسقط استثناء الواحدة لرجوعه إلى الواحدة.

وفيه وجه آخر: أنها تطلق طلقتين، لأن واو العطف دخلت ها هنا فيما لا يستغنى عنه، وسراية الطلاق تستقر بعد الاستثناء. فإذا استثنى واحدة من اثنتين ونصف، بقيت واحدة ونصف، فكملت اثنتين. فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف، طلقت ثلاثاً، لأن الباقي بعد الاستثناء طلقتان ونصف، ويكون تكميل الطلاق في الواقع منه دون المستثنى.

ولو قال: أنت طالق طلقتين ونصف، إلا طلقة ونصف ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تطلق ثلاثاً، لأن الطلقة ونصف لا يجوز أن يستثنى من نصف طلقة، فيسقط الاستثناء ويكمل الواقع ثلاثاً.

والوجه الثاني: أنها تطلق طلقتين، لأن النصف طلقة الواقعة مع الطلقتين قد صارت ثلاثاً، وقد استثنى منها طلقة ونصف، فبقيت طلقة، فكملت طلقتين.

والوجه الثالث: أنها تطلق واحدة، لأن كمال الواقع يكون بعد الاستثناء منه، وقد استثنى طلقة ونصف من طلقتين ونصف، فبقيت واحدة.

فصل: ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: تطلق ثلاثاً، لأن الاستثناء الأول رافع للكل فيسقط، والاستثناء الثاني راجع إلى الأول فسقط بسقوطه.

والوجه الثاني: أنها تطلق طلقتين، لأن الاستثناء الأول سقط برفعه للكل، وقام الاستثناء الثاني مقام الأول، فنفى طلقة، وبقيت طلقتان.

والوجه الثالث: أنها تطلق واحدة، لأن الاستثناء الأول قد عاد إليه الاستثناء الثاني فبقي منه واحدة، ونفى منه اثنتان، فصح عوده إلى الثلاث، فبقي منها طلقة واحدة.

وهكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا ثنتين، كان على ثلاثة أوجه:

أحدها: تطلق ثلاثاً، ويسقط جميع الاستثناء.

والثاني: تطلق واحدة، إسقاطاً للاستثناء الأول، وإقامة الثاني مقامه.

والثالث: تطلق اثنتان، لأن الاستثناء الأخير يرجع إلى الاستثناء الأول، فبقي منه واحدة، فيصح استثناء الواحدة من الثلاثة، فتبقى اثنتان، وتطلق واحدة استعمالاً لها فتسقط من الأول اثنتان، وتبقى منه واحدة، وهو القدر المستثنى.

فصل: واعلم أن الاستثناء يصح بجميع حروفه المستعملة فيه، وهي: إلا، وغير، وسوى، وخلا، وحاشا، وعدا. فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، أو غير واحدة، أو سوى واحدة، أو خلا واحدة، أو حاشا واحدة، أو عدا واحدة، صح استثناؤه بهذه الألفاظ كلها، وطلقت اثنتين. إلا أن غير وحدها من جميع هذه الألفاظ قد يستعمل فيها الإعراب، فتضم الراء منها تارة، وتفتح أخرى.

فإن قال: أنت طالق غيرَ واحدة بفتح الراء، كان استثناء وطلقت اثنتين، وإن قال: أنت طالق ثلاثاً غيرُ واحدة، بضم الراء، قال أهل العربية: تطلق ثلاثاً، لأنه بالضم يصير نفياً، ولا يكون استثناء، وتقديره: أنت طالق ثلاثاً ليست واحدة، وليس لأصحابنا في هذا نص.

فإن كان المطلق من أهل العربية الذي يستعمل الإعراب في كلامه، فالجواب على ما قالوه، وإن كان من غيرهم كان على ما قدمناه من اختلاف وجهتي أصحابنا في أمثاله.

فصل: وإذا قدم الاستثناء، فقال: أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً، طلقت ثلاثاً وسقط الاستثناء، لأنه يعود إلى ما تقدمه، ولا يصح أن يعود إلى ما تعقبه.

فإن قيل: فقد جاء في كلامهم عود الاستثناء إلى ما تعقبه، وهو قول الفرزدق في مدح هشام بن إبراهيم بن المغيرة خال هشام بن عبد الملك[1].

وَمَا مِثْلُهُ فِي النَّاسِ إِلَّا مُمَلَّكاً ... أَبُو أُمِّهِ حَيٌّ أَبُوهُ يُقَارِبُهْ

فقدم الاستثناء على المستثنى منه، فكان التقدير: وما مثله في الناس حتى يقاربه إلا مملكاً أبو أم ذلك المملك، أبو هذا الممدوح.

قيل: هذا لاستثناء إنما قدم في ضرورة الشعر، فلم يجز أن يحمل عليه ما زالت الضرورة عنه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا وَلَدْتَ وَلَداً فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، فَوَلَدَتْ ثَلَاثاً فِي بَطْنٍ، طُلِّقَتْ بِالأَوَّلِ وَاحِدَةً، وَبِالثَّانِي أُخْرَى، وانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالثَّالِثِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل قال لامرأته: كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فإن ولدت ولداً واحداً طلقت واحدة، وانقضت عدتها بالأقراء، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى، وسواء وضعته حياً أو ميتاً، كامل الخلق أو ناقصاً.

فأما إن وضعت يداً أو رجلاً لم تطلق، لأنه بعض ولد وليس بولد، وتصير به لو كانت أمه أم ولد، ولأنها قد علقت منه بولد.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

وإن علقت ولدين، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تلدهما معاً في حال واحدة، لا يسبق أحدهما الآخر، لكونهما في مشيمة واحدة، فتطلق بهما طلقتين، لأن كلما موضوعة للتكرار، وقد تكررت صفة الطلاق، فوجب أن يتكرر بها وقوع الطلاق، وعليها بعد التطليقتين أن تعتد بالأقراء.

والضرب الثاني: أن تضعهما واحداً بعد واحد، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد راجعها بعد الأول، فتطلق بالثاني ثانية، وتنقضي عدتها بالأقراء.

والضرب الثاني: أن لا يكون قد راجعها، فتطلق بالأول واحدة، وتنقضي عدتها بالثاني ولا تطلق به، لأن ما انقضت به العدة لم يقع به الطلاق، وإنما انقضت به العدة، لأنها بوقوع الطلقة الأولى بالولد الأول معتدة، والمعتدة إذا وضعت حملها بانت، وإنما لم يقع به الطلاق إذا انقضت به العدة، لأنها قد بانت بوضعه.

والثاني لا يقع عليها الطلاق في حال البينونة، كما لو قال لها: إذا مت فأنت طالق، لم تطلق بموته، لأنها بانت بالموت، فلم تطلق بالموت.

وحكى أبو علي بن خيران عن الشافعي قولاً ثانياً في الإملاء: إنها تطلق بالثاني أخرى، وتنقضي به العدة لوجود الصفة في الثاني كوجودها في الأول، ولا يمتنع أن يقع الطلاق والبينونة معاً في حال واحدة، كالتي لم يدخل بها. وأنكر سائر أصحابنا تخريج هذا القول لأمرين:

أحدهما: أنني لم أجده في شيء من أماليه، وقد تقدم ابن خيران من وقف على أمالي الشافعي قبله، فلم يحكه منهم أحد. فعلى هذا، يكون ابن خيران منسوباً في حكاية هذا القول إلى السهو والغلط.

والثاني: أن الحجاج يبطله وهو كمن قال لامرأته: إذا مت فأنت طالق، فمات لم تطلق إجماعاً، لأن ما به يقع الطلاق قد وقعت به البينونة، فلم يقع به الطلاق.

فعلى هذا، يكون ما حكاه ابن خيران محمولاً على أنها وضعتهما معاً في حالة واحدة، فطلقت بهما وانقضت عدتها بالأقراء. ولو وضعتهما واحداً بعد واحد، طلقت بالأول واحدة، ولم تنقض به العدة، وانقضت عدتها بالثاني ولم تطلق به وعلى هذا يكون التفريع.

فعلى هذا، لو وضعت ثلاثة أولاد، فإن وضعتهم معاً في حالة واحدة، طلقت بهم ثلاثاً، وانقضت عدتها بالأقراء. وإن وضعتهم واحداً بعد واحد، طلقت بالأول واحدة، وبالثاني ثانية، وانقضت عدتها بالثالث ولم تطلق به. وهذا إذا كان الثلاثة من حمل واحد وهو أن يكون بين الأول والأخير أقل من ستة أشهر. فإن كان بين الأول والثاني أكثر من ستة أشهر، طلقت بالأول وحده طلقة.

قال أبو حامد الإسفراييني: وتنقضي عدتها قبل وضع الثاني والثالث، لأنهما من حمل مستأنف، فيكون لحوقهما به كمن وضعت بعد انقضاء عدتها على ما سنفصله.

وهذا الذي قاله عندي ليس بصحيح، لأنه ليس يمتنع أن يطأها في العدة قبل انقضاء العدة عن الثالث فتعلق، ويكون باقيه في عدتها إلى وضعه، فتنقضي به العدة.

وإذا كان كذلك، لم يكن لما قاله أبو حامد وجه. وننظر في الثاني والثالث، فإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر انقضت عدتها بالثاني ولم تطلق به، وكان لاحقاً بالزوج، وصار الثالث مولوداً بعد انقضاء العدة، فيكون لحوقه على ما سنفصل في المولود بعد انقضاء العدة.

وإن كان بين الثاني والثالث أقل من ستة أشهر، فهما من حمل واحد. فعلى هذا، تطلق بالثاني ثانية ولا تنقضي به العدة لبقاء الحمل، تنقضي عدتها بالثالث ولا تطلق به، ويلحقان بالزوج كالأول.

ولو وضعت أربعة أولاد نظر: فإن وضعتهم معاً في حال واحدة، طلقت ثلاثاً، لأن الزيادة على الطلاق الثلاث لا تقع، وتنقضي عدتها بالأقراء. وإن ضعتهم واحداً بعد واحد وجميعهم في حمل واحد، طلقت بالأول واحدة، وبالثاني ثانية، وبالثالث ثالثة، وانقضت عدتها بالرابع.

فلو وضعت اثنين معاً في حالة واحدة، ثم اثنين معاً في حالة واحدة، طلقت بالاثنين الأولين طلقتين، وانقضت عدتها ثلاثة بالاثنين الآخرين، ولم يقع الطلاق بواحد منهما؛ لأنهما كالولد الواحد في الانفصال. فلو وضعت ثلاثة أولاد معاً في حال واحدة، ثم وضعت رابعاً منفرداً، طلقت ثلاثاً بالثلاثة، وانقضت عدتها بالرابع المنفرد. ولو وضعت الواحد المنفرد أولاً ثم الثلاث المجتمعين معاً، طلقت واحدة بالأول وانقضت عدتها بالثالث، ولم تطلق بواحد منهم، لاجتماعهم في انقضاء العدة، فيجزي عليهم إذا اجتمعوا في الطلاق حكم الافتراق، وفي العدة حكم الواحد.

والفرق بينهما: أنه يجوز أن يقترن عدد الطلاق، ولا يجوز أن تقترن العدة والطلاق. والله أعلم.

فصل: وإذا قال: كلما كان في بطنك ولد فأنت طالق واحدة، فوضعت ولداً واحداً، طلقت به واحدة، وانقضت به عدتها، بخلاف قوله، إذا ولدت ولداً.

والفرق بينهما: أن الحالف في هذه المسألة بتقدم الولادة، لأنها تطلق بكونه في بطنها، وإنما يعلم بالولادة، أنه كان في بطنها، فلذلك جاز أن تنقضي به العدة لولادته بعد تقدم الطلاق ووقوعه، وليس كذلك إذا قال: إن ولدت ولداً، لأن الطلاق يقع بنفس الولادة، فلذلك لم تنقض به العدة؛ لأن انقضاء العدة يكون بعد تقدم الطلاق. فعلى هذا، لو وضعت ولدين طلقت بهما طلقتين، سواء وضعتهما معاً أو مفرقاً، وانقضت بهما العدة. ولو وضعت ثلاثة أولاد، طلقت بهم ثلاثاً، وانقضت عدتها بالأخير.

ولو قال: إن كان في بطنك ولد فأنت طالق واحدة، فوضعت ثلاثة أولاد، طلقت واحدة وانقضت عدتها بالأخير، لأنه قد أسقط اللفظ الموجب للتكرار، وهو قوله: «كلما» فلم يقع الطلاق إلا بواحد، إسقاطاً لحكم التكرار، كما لو قال: إن ولدت، أو إذا ولدت ولداً، أو متى ولدت ولداً، فأنت طالق، فولدت ثلاثة أولاد، طلقت واحدة بالأول ولم تطلق بالثاني، وانقضت عدتها بالثالث.

فصل: وإذا قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، ثم قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق. فإن ولدت أنثى طلقت لأنها ولد، وإن ولدت ذكراً طلقت اثنتين، واحدة: بأنه ولد، وثانية: لأنه ذكر. ومثله أن يقول: إن كلمت رجلاً فأنت طالق، وإن كلمت زيداً فأنت طالق، فإذا كلمت زيداً طلقت اثنتين، واحدة: بأنه رجل، وثانية: بأنه زيد.

فلو قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين، فولدت ذكراً وأنثى، فلهما أربعة أحوال:

أحدها: أن تضعهما في حالة واحدة، فتطلق ثلاثاً: واحدة بوضع الذكر، واثنتان بوضع الأنثى، وتعتد بالأقراء.

والحالة الثانية: أن تلد الأنثى أولاً ثم الذكر، فتطلق اثنتين بالأنثى، وتنقضي عدتها بالذكر، ولا تطلق به.

والحالة الثالثة: أن تلد الذكر أولاً ثم الأنثى، فتطلق بالذكر واحدة، وتنقضي عدتها بالأنثى، ولا تطلق بها.

والحالة الرابعة: أن لاتعلم كيف ولدتها فتطلق من أجله، لأنها يقين، لجواز أن تلد الذكر ثم الأنثى، والطلاق يقع باليقين دون الشك. ويختار له في الورع أن يلتزم الطلاق الثلاث، لجواز أن تلدهما معاً في حال واحدة، ولا تنقضي عدتها بالأقراء، لأن العدة لا تنقضي إلا باليقين. وقد يجوز أن تلدهما معاً، فتكون عدتها بالأقراء، فلذلك ما التزمها.

ولو قال: إن كان في بطنك ذكر فأنت طالق واحدة، وإن كان في بطنك أنثى فأنت طالق اثنتين، فولدت ذكراً وأنثى، طلقت ثلاثاً في الأحوال كلها لتقدم وقوعه على الولادة، وانقضت عدتها بالأخير منهما، تعليلاً بما قدمناه.

فلو ولدت خنثى مشكلاً طلقت به واحدة، لأنه وإن أشكل عندنا، فهو عند الله تعالى غير مشكل، فأوقعنا به واحدة لأنها يقين.

ولكن لو قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق، فولدت خنثى لم تطلق، لجواز أن يكون أنثى. ولو قال: إن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدت خنثى، لم تطلق لجواز أن يكون ذكراً.

ولو قال: إن كان ما في بطنك ذكراً فأنت طالق، فولدت ذكراً وأنثى لم تطلق. وهكذا لو ولدت ذكرين لم تطلق، لأن شرط طلاقها أن يكون كل ما في بطنها ذكراً واحداً. فإذا كان معه غيره عدم شرطه، فلم يقع.

ومثله أن يقول: إن كان كل ما في الكيس دراهم فأنت طالق، فكان فيه دراهم ودنانير، لم تطلق، لأنه لم يكن كل ما في الكيس دراهم. ولو قال: إن كان في الكيس دراهم فأنت طالق، فكان فيه دراهم ودنانير، طلقت، كذلك الحمل.

فصل: فإذا قال لزوجتيه، حفصة وعمرة: كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان، فولدت كل واحدة منهما ولداً، نظر: فإن ولدتا معاً طلقت كل واحدة منهما طلقتين، واحدة: بولادتها، والأخرى: بولادة صاحبتها، وعليهما الاعتداد بالأقراء. وإن ولدت إحداهما بعد الأخرى، مثل أن تلد حفصة يوم السبت، وعمرة يوم الأحد، طلقت حفصة طلقتين، واحدة: بولادتها، والأخرى: بولادة عمرة، واعتدت بالأقراء. وطلقت عمرة واحدة بولادة حفصة، وانقضت عدتها بولادة نفسها ولم تطلق به.

ولو ولدت حفصة أولاً ثم ولدت عمرة بعدها ولدين، طلقت حفصة ثلاثاً، واحدة:

بولادتها، واثنان: بولادة عمرة، وانقضت عدتها بالأقراء، وطلقت عمرة طلقتين، واحدة: بولادة حفصة، وثانية: بولدها الأول، وانقضت عدتها بولدها الثاني، ولم تطلق.

ولو ولدت عمرة أولاً ولدين، وولدت حفصة بعدها ولداً، طلقت عمرة واحدة بولدها الأول، وانقضت عدتها بولدها الثاني، ولم تطلق به. وطلقت حفصة طلقتين بولدي عمرة، وانقضت عدتها بعدها ولداً ثانياً، طلقت عمرة طلقتين، واحدة: بولدها الأول، وثانية: بولد حفصة، وانقضت عدتها بولدها الثاني، ولم تطلق به.

ولو ولدت حفصة ولدين، وعمرة ولداً، وكل ذلك في حالة واحدة، لم يتقدم بعضهم على بعض، طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً لثلاثة الأولاد، واعتدت بالأقراء.

فصل: ولو قال: يا حفصة، إن كان أول ما تلدين ذكراً فعمرة طالق، فإن كان أنثى فأنت طالق، فولدت ذكراً وأنثى فلا يخلو من أربعة أحوال:

أحدها: أن تلد الذكر ثم الأنثى، فتطلق عمرة دونها.

والثاني: أن تلد الأنثى ثم الذكر، فتطلق هي دون عمرة.

والثالث: أن تلدهما معاً في حالة واحدة، فلا تطلق واحدة منهما، لأنه ليس في الولدين أول.

والرابع: أن تلدهما واحداً بعد واحد، ويشكل: هل تقدم الذكر، أو الأنثى؟ فقد طلقت إحداهما لا بعينها، ويكون كالطلاق الواقع على إحدى زوجتيه، وقد أشكلت.

فصل: ولو قال: يا حفصة، إن ولدت فأنت وعمرة طالقتان، فقالت حفصة: قد ولدت، وأكذبها الزوج، لم تطلق عمرة، وفي طلاق حفصة وجهان:

أحدهما: وهو منصوص الشافعي في كتاب العدد، ونقله أبو حامد المروزي إلى جامعه: إن قولها في حق نفسها مقبول ويقع به طلاقها، ولا يلحق بالزوج إلا أن تقيم بينة على ولادتها.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: إنها لا تطلق به، ولا يقبل قولها على نفسها كما لا يقبل على غيرها، وكما لا يلحق بالزوج بقولها. لأنه مما يمكنها إقامة البينة على ولادته، فصار كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فقالت: قد دخلت، لم يقبل منها إلا ببينة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَقَعْ، وَالاسْتِثْنَاءُ فِي الطَّلَاقِ وَالعِتْقِ وَالنُّذُورِ كهو في الأيمان)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا علق طلاقه أو عتقه أو يمينه أو نذره أو إقراره بمشيئة الله تعالى، لم يلزمه شيء من ذلك، وكذلك جميع عقوده، وارتفع حكم الطلاق والعتق والأيمان والنذور والإقرار والعقود.

واختلف أصحابنا: هل يكون ذلك الاستثناء يمنع من انعقاد ذلك كله، أو يكون شرطاً يعلق به فلم يثبت حكمه لعدمه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي: أنه استثناء يمنع من انعقاده، فلا يثبت لذلك كله عقد ولا حكم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه شرط انعقدت عليه هذه الأحكام فلم يلزم لعدم الشرط، وإن كانت منعقدة فهذا حكم ما عقد بمشيئة الله تعالى من الطلاق والعتق والأيمان والنذور والإقرار والعقود، في أن جميعه غير لازم، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه.

وقال مالك: تقع بمشيئة الله حكم الأيمان بالله تعالى ولا يرتفع ما سوى الأيمان بالله من الطلاق والعتق والنذور والإقرار. وبه قال: الزهري، والليث بن سعد.

وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى: يرتفع بمشيئة الله حكم جميع الأيمان بالله وبالطلاق وبالعتق، ولا يرتفع به وقوع الناجز من الطلاق والعتق والنذور.

وقال أحمد بن حنبل: يرتفع بمشيئة الله حكم الأيمان كلها، وحكم الطلاق وإن كان ناجزاً، ولا يرتفع حكم العتق والنذور والإقراء.

فأما مالكاً فاستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَحْنَث»[٢] فاقتضى دليل ذلك أن من حلف بغير الله حنث. ولأن الاستثناء رافع كالكفارة، فلما اختصت الكفارة بالأيمان بالله دون غيرها. وجب أن يكون الاستثناء

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٤.

(٢) حديث ابن عمر: أخرجه أبو داود في الأيمان (٣٢٦٢) والنسائي ٧/ ٢٥ والبيهقي ٧/ ٣٦٠ ـ ٣٦١ و ١٠/ ٤٦ وأحمد ٢/ ١٠.

بمشيئة الله تعالى مختصاً بها دون غيرها، ولأنه في الطلاق والعتق المعلق له بشرط يستحيل وجوده، فوجب أن يتعجل وقوعه ويسقط شرطه، كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء، طلق في الحال لاستحالة الشرط، قالوا: ولأن أجرى الله تعالى الطلاق والعتق على لسانه مشيئة منه لإيقاعه، فوجب أن يرتفع لوجود شرطه.

ودليلنا: رواية نافع، عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ثُمَّ قَالَ فِي إِثْرِهَا: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَحْنَثْ» فكان على عمومه في الأيمان بالله وفي الطلاق والعتق. ولأنه طلاق علق بمشيئة من له مشيئة، فوجب أن لا يقع قبل العلم بها.

أصله: إذا علقه بمشيئة زيد، ولأنه طلاق علقه بصفة صحيحة، فوجب أن لا يقع قبل وجودها. أصله: إذا علقه بدخول الدار. ولأن كل يمين لو علقها بمشيئة آدمي لم تقع قبل العلم بها، وجب إذا علقها بمشيئة الله أن لا تقع قبل العلم بها كاليمين بالله. ولأنه لما ارتفع بمشيئة الله حكم اليمين بالله مع عظم حرمتها، كان رفع ما دونه في الحرمة من العتق والطلاق أولى.

فأما الجواب عن خبرهم، فهو: أن خبرنا أعم وأزيد، فكان قاضياً على الأخص الأنقض.

وأما الجواب عن استدلالهم، بأن الاستثناء بمشيئة الله كالكفارة في رفع اليمين بهما، فهو: أن الاستثناء رافع لليمين، والكفارة غير رافعة. لأن الاستثناء يمنع من انعقاد اليمين، والكفارة لاتجب إلا بالحنث بعد انعقاد اليمين فافترقا.

وأما الجواب عن قياسهم على تعليق طلاقها بصعود السماء، فهو: أن أصحابنا قد اختلفوا في وقوعه على وجهين:

أحدهما: لا يقع، لأنه مقيد بشرط لم يوجد، فأشبه غيره من الشروط التي توجد، ألا تراه لو قال: أنت طالق إن شاء زيد، وزيد ميت لم تطلق، وإن كان مقيداً بشرط لم يوجد؟ فعلى هذا، يبطل الاستدلال به.

والوجه الثاني: أن الطلاق يقع والشرط يلغى لاستحالته، وأنه في الكلام لغو، وليست مشيئة الله مستحيل، ولا الكلام بها لغو. بل قد أمر الله تعالى بها وندب إليها بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾[1].

---

(١) سورة الكهف، الآيتان: ٢٣ و ٢٤.

وأما استدلالهم بأن إجراء الطلاق على لسانه دليل على مشيئة الله تعالى، فهو: أنه دليل على إرادة إجرائه، وليس بدليل على إرادة إيقاعه. ثم ثبت ذلك عليهم في اليمين بالله إذا علقها بصعود السماء كقوله: والله لأضربنك إن صعدت السماء، فإنها لا يلزم، وإن تَيدت بشرط مستحيل.

فصل: وأما أحمد فاستدل على وقوع العتق دون الطلاق أنه مكروه لم يرده، لقول النبي ﷺ: «أَبْغَضُ الْحَلاَلِ إلى الله الطَّلاَقُ»[1] فلذلك لم يقع، والعتق مندوب إليه ومريد له، فدل على وقوعه بما رواه أصحابه: عن حميد بن مالك اللخمي، عن مكحول، عن معاذ قال: قال لي رسول الله ﷺ: «يَا مُعَاذُ مَا خَلَقَ اللَّهُ شَيْئاً عَلَى وَجْهِ الأَرْضِ، أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ مِنَ الْعِتَاقِ وَلاَ أَبْغَضُ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلاَقِ»[2].

فإذا قال الرجل لمملوكه: أنت حر إن شاء الله، فهو حر ولا استثناء له. فإذا قال لامرأته: أنت طالق إن شاء الله، فكذا استثناؤه ولا طلاق عليه، بدليلين على حمل ما دللنا به على مالك. وهذا الخبر غير صحيح، لأن حميد بن مالك غير ثقة، ومكحول لم يلق معاذاً. هكذا قال الدارقطني، وحكى الداركي عن أبي إسحاق المروزي: لو ثبت هذا الحديث لم يكن تأويله بحال، وأما ما ذكره من الفرق بينهما، فهو أن اختلافهما في الاستحباب والكراهية لا يدل على اختلافهما في الوقوع، لأنه قد يقع الشيء ويلزم حكمه، وإن كان مكروهاً. وقد يقع ولا يلزم، وإن كان مستحباً.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا، فمشيئة الله ترفع حكم كل قول اتصل بها من طلاق وغيره، سواء تقدمت المشيئة أو تأخرت أو توسطت. فلو قال: أنت طالق إن شاء الله، أو أنت إن شاء الله طالق، أو إن شاء الله أنت طالق، فلا طلاق. وهكذا لو قال: أنت طالق بمشيئة الله، أو إذا شاء الله، أو متى شاء الله، فلا طلاق. ولو قال: أنت طالق إن لم يشأ الله، لم تطلق، لأنه قد يجوز أن لا يشأ فتطلق، وقد يشاء فلا تطلق، وليس يعلم هل شاء أو لم يشأ؟ فلم يقع الطلاق، لأن صفة وقوعه وهو عدم المشيئة لم تعلم، كما لا يقع إذا قال: إن شاء الله، لأن صفة وقوعه وهو المشيئة لم تعلم.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث معاذ: أخرجه الدارقطني ٤/ ٣٥ والبيهقي ٧/ ٣٦٠ وقال: مكحول عن معاذ منقطع، وفيه حميد بن ربيع ضعيف جداً نسبه يحيى بن معين إلى الكذب وحميد بن مالك مجهول، وعبد الرزاق (١١٣٣١).

وهكذا إذا قال: أنت طالق ما لم يشأ الله لم تطلق، فأما إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء الله، ففي وقوعه وجهان:

أحدهما: حكاه أبو حامد الإسفراييني: إنها لا تطلق، لأنه مقيد بمشيئة لا تعلم.

والوجه الثاني: وهو المذهب: إنها تطلق؛ لأنه أوقع الطلاق، وجعل رفعه مقيداً بمشيئة الله وهي لا تعلم، فسقط حكم رفعه وثبت حكم وقوعه، وخالف قوله: أنت طالق إن شاء الله، لأنه جعل حكم وقوعه مقيداً بمشيئة الله وهي لا تعلم، فلذلك لم يقع.

فصل: وإذا قال: أنت طالق إن شاء زيد، فكان وقوعه موقوفاً على مشيئته، فإن شاء طلقت، وإن لم يشأ لم تطلق، وإن مات زيداً قبل أن تعلم مشيئته، لم تطلق، وهكذا لو كان زيد ميتاً قبل طلاقه لم تطلق.

فلو قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد، فإن شاء زيد لم تطلق، وإن لم يشأ طلقت. فإن مات زيد قبل أن تعلم مشيئته، كان على الوجهين: فإن قال: أنت طالق إن شاء الله وشئت، فقالت: قد شئت، لم تطلق؛ لأنه قيَّد وقوع طلاقها بشرطين هما: مشيئة الله، ومشيئتها. ومشيئة الله لا تعلم، وإن علمت مشيئتها، فلذلك لم يقع الطلاق.

فلو قال: أنت طالق إن شاء زيد، وكان زيد مجنوناً فقال: قد شئت، لم تطلق؛ لأن المجنون لا مشيئة له. ولو كان سكراناً فشاء، طلقت، لثبوت الأحكام بأقواله.

ويحتمل وجهاً آخر: أنها لا تطلق، لأن سكره يوجب تغليظ الحكم على نفسه، ولا يوجب تغليظه على غيره.

ولو قال: أنت طالق إن شاء زيد وكان أخرس، فشاء بالإشارة طلقت. ولو كان ناطقاً فخرس، فشاء بالإشارة، قال أبو حامد الإسفراييني: لم تطلق لأن مشيئته وقت الطلاق كانت نطقاً، فلم تثبت بالإشارة.

وهذا عندي غير صحيح، لأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه مع العجز وقت البيان، ولا اعتبار بما تقدم الأمر، أن لو كان أخرس في وقت الطلاق ناطقاً في وقت البيان، لم يصح منه إلا بالنطق دون الإشارة وإن صحت منه في وقت الطلاق بالإشارة، كذلك إذا كان ناطقاً فخرس، فقال: أنت طالق إن شاء الحمار، فهذا من الشروط المستحيلة، لأنه لا مشيئة للحمار، فجرى مجرى قوله: أنت طالق إن صعدت السماء، فيكون لوقوع الطلاق فيه على ما مضى من الوجهين.

فصل: وإذا قال لزوجتيه حفصة وعمرة: أنتما طالقتان إن شاء الله، كان الاستثناء راجعاً إليهما، فلم تطلق واحدة منهما إلا إن يعزلها في استثنائه. ولو قال: حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله فإن أراد بالاستثناء عمرة الأخيرة، طلقت حفصة ولم تطلق عمرة. وإن أرادهما معاً، لم تطلقا جميعاً. وإن أطلق الاستثناء ولم يرد به واحدة بعينها، كان الاستثناء راجعاً إليهما، فلم تطلقا لرجوع الاستثناء والعطف على مذهب الشافعي إلى جميع المذكور.

وعلى مذهب أبي حنيفة: يردهم إلى أقرب المذكور، فتطلق حفصة عنده لخروجها من الاستثناء، ولا تطلق عمرة لدخولها في الاستثناء.

فلو قال: أردت بالاستثناء حفصة الأولى دون الثانية، حمل على إرادته، وطلقت عمرة الأخيرة دون حفصة الأولى، وعند أبي حنيفة تطلقان معاً .

ولو قال لزوجته: أنت طالق وطالق إن شاء الله، رجع الاستثناء إذا أطلقه إلى الطلاقين، فلم يقعا، وعند أبي حنيفة: يرجع إلى الثاني، ويقع الأول.

فصل: وإذا وصل طلاقه بمشيئة الله تعالى غير مريد بأول كلام الاستثناء بمشيئة الله تعالى، صح استثناؤه، لأن الكلام المتصل يعتبر حكم أوله بآخره.

وقال بعض أصحابنا: لا حكم للاستثناء حتى ينويه عند تلفظه بالطلاق، فإن لم يكن مع أول كلامه بطل، وهذا فاسد بما ذكرناه.

فصل: ولو قال: أنت طالق إن شاء الله بالفتح، طلقت بخلاف إنْ المكسورة، لأنها بالكسر شرط، وبالفتح تعليل. وهكذا لو قال: أنت طالق إذْ شاء الله، طلقت، بخلاف قوله: إذا شاء الله، لأن «إذ» للماضي، فلم تكن شرطاً، و«إذا» للمستقبل فكانت شرطاً. والله أعلم.

بَابُ طَلَاقِ المَرِيضِ من كتب[١]

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَطَلَاقُ المَرِيضِ وَالصَّحِيحِ سَوَاءٌ)[٢].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا فرق في وقوع الطلاق بين الصحيح والمريض، سواء كان الطلاق ثلاثاً أو دونها.

وقال الشعبي: طلاق المريض لا يقع لأجل التهمة في الإدما.

وهذا خطأ؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٣] ولقول النبي ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ»[٤] ولأن عقد النكاح أغلظ من حله، ثم نكاح المريض يصح، فحله بالطلاق أولى أن يصح. ولأنه لما صح منه الظهار والإيلاء، كان أولى أن يصح منه الطلاق؛ لأن حكمه أغلظ.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ طَلَّقَ مَرِيضٌ ثَلَاثاً فَلَمْ يَصِحَّ حَتَّى مَاتَ، فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا، قال المزني: فَذَكَرَ حكم عُثْمَانَ بِتَوْرِيثِهَا مِنْ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ فِي مَرَضِهِ، وَقَوْلِ ابْنِ الزُّبَيْرِ لَوْ كُنْتُ أَنَا لَمْ أَرَ أَنْ تَرِثَ المَبْتُوتَةُ، قال المزني: وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ العِدَّةِ: إِنَّ القَوْلَ بِأَنْ لَا تَرِثَ المَبْتُوتَةُ قَوْلٌ يَصِحُّ، وَقَدْ ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَهْلِ الآثَارِ وَقَالَ: كَيْفَ تَرِثُهُ امْرَأَةٌ لَا يَرِثُهَا وَلَيْسَتْ لَهُ بِزَوْجَةٍ؟)[٥].

قال الماوردي: اعلم أن الطلاق في قطع التوارث بين الزوجين ينقسم ثلاثة أقسام:

---

(١) في المختصر: «باب طلاق المريض من كتاب الرجعة ومن العدّة ومن الاملاء على مسائل مالك واختلاف الحديث».

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٤.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) مختصر المزني: ص ١٩٤. وتتمة المسألة: «قال المزني: فقلت أنا: هذا أصحّ وأقيس لقوله. قال المزني: وقال في كتاب النكاح والطلاق املاءً على مسائل مالك: إن مذهب ابن الزبير أصحهما وقال فيه».

قسم: يقطع التوارث بينهما وهو: الطلاق البائن في الصحة، أو في مرض غير مخوف، والبائن طلاق غير المدخول بها، وطلاق الثلاث، والطلاق في الخلع، فلا يرثها ولا ترثه، سواء كان الموت في العدة أو بعدها، لارتفاع النكاح بينهما، وهذا إجماع.

وقسم: لا يقطع التوارث بينهما وهو: الطلاق الرجعي، سواء كان في الصحة أو في المرض، يتوارثان فيه مالم تنقض العدة، فإن مات ورثته، وإن ماتت ورثها، فإذا انقضت العدة فلا توارث بينهما.

وقسم: مختلف فيه، وهو: الطلاق البائن في المرض المخوف إذا اتصل بالموت. فإن ماتت لم يرثها إجماعاً، وإن مات فقد اختلف الفقهاء في ميراثها منه، واختلف قول الشافعي فيه على قولين نص عليهما في الرجعة والعدة والإملاء على مسائل مالك، وليس له في القديم فيها نص:

أحد القولين: أنها ترثه، وبه قال من الصحابة: عمر، وعثمان، وعلي، ومن الفقهاء: مالك، وربيعة، والليث بن سعد، والأوزاعي، وسفيان الثوري، وأبو حنيفة وأصحابه، وأحمد بن حنبل.

والقول الثاني: أنها لا ترث وبه قال: عبد الله بن الزبير، وربما أضيف إلى عبد الرحمٰن بن، عوف وقول بن أبي مليكة وكثير من أهل الآثار. وبه قال المزني وداود.

فإذا قيل بالأول: أنها ترث، فدليله معنى الإجماع المنقول عن الصحابة. وهو ما روي عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه أنه قال في: «المبتوتة في المرض ترث»[1].

وروي: أن عبد الرحمٰن بن عوف طلّقَ تماضر بنت الإصبغ الكلبية في مرضه، فورِثها منه عثمان بن عفان رضي الله عنه[2] قيل: بمشاورة علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فقيل: إنها صولحت على ربع ثمنها لأنهن كن أربعاً على ثمانين ألف درهم، وقيل: ثمانين ألف دينار.

وروى محمد بن إبراهيم التميمي أن عبد الرحمٰن بن مكحول طلق زوجته وكان به الفالج، فمات بعد سنة، فورثها منه عثمان.

---

(١) أخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٢.

(٢) سبق تخريجه في الفرائض. وراجع البيهقي ٧/ ٣٦٢ ـ ٣٦٣.

وروي: أن عثمان بن عفان رضي الله عنه لما حوصر طلق واحدة من نسائه، فورثها منه علي بن أبي طالب عليه السلام، وقال: «طلّقها في شرف الموت»، وليس بعرف لهذه القضايا في الصحابة مخالف إلا قول ابن الزبير: «لو كنت أنا لم أرَ أن ترث مبتوتة»[١] فقيل: معناه، لم يبلغ اجتهادي أن ترث مبتوتة، كما يقول القائل: لو كنت أنا لم أهتد إلى هذا، فكان هذا من ذكرنا مع عدم المخالف فيه إجماعاً حاجاً.

ولأنها بانت في حال يعتبر عطاياه فيها من الثلث، فوجب أن ترثه كالبائن بالموت. ولأنه متهوم في منعها من الإرث، فأشبه القاتل المتهوم في اختلاف الإرث، فكانت التهمة بالقتل مانعة من الميراث، وجب أن تكون التهمة بالطلاق مانعة من إسقاط الميراث. ولأن بالمرض قد تعلقت حقوق الورثة بين ماله، بدليل أنه ممنوع من العطايا فيما زاد على ثلثه كالوصايا بعد الموت، فاقتضى أن يكون ممنوعاً من إسقاط حقوقهم من ميراثهم لتعلقها بتركته.

وإذا قيل بالثاني: أنها لا ترث، وهو أقيس القولين وأولاهما فدليله: ما رواه أبو سعيد المكي في خلافه عن النبي ﷺ أنه قال: لَا تَرِثُ المَبْتُوتَةُ. وهذا إذا صح، نصّ لا يسوغ خلافه. ولأنها فرقة تقطع إرثه منها، فوجب أن تقطع إرثها منه.

أصله: الفرقة في الصحة. ولأنه إرث ينقطع بالفرقة في حال الصحة، فوجب أن ينقطع بالفرقة في حال المرض. أصله: إرث الزوج. ولأن للنكاح أحكاماً من طلاق وظهار وإيلاء، وتحريم للجمع بينها وبين أختها وخالتها وعمتها، وثبوت الميراث، وعدة الوفاة، فلما انتفى عن هذه المبتوتة في حال المرض أحكام النكاح من غير الميراث، انتفى عنها أحكام النكاح في الميراث.

وتحريره قياساً: أنه حكم يختص بالنكاح، فوجب أن ينتفي عن المبتوتة في المرض كسائر الأحكام. ولأن فسخ النكاح في المرض سبب من جهتها كالردة والرضاع يمنع ميراثه منها، وإن توجهت التهمة إليهما جميعاً بين وجوده في الصحة والمرض، وجب أن يكون وجود الفرقة من جهته يمنع ميراثها منه تسوية بين الصحة والمرض.

فأما الجواب عن استدلالهم بالإجماع، فهو: أن الخلاف فيها حاصل، وهو قول عبد الله بن الزبير: «لو كنت أنا لم أر أن ترث مبتوتة» وهو صحابي من أهل الاجتهاد لا

---

(١) سبق تخريجه والبيهقي: ٧/ ٣٦٢.

سيما في أيام عثمان رضي الله عنه، وروي أن عبد الرحمٰن بن عوف قال: «والله لا أورث تماضر، ثم طلقها في مرضه، فقيل له: أفررْتَ من كتاب الله؟ قال: ما فرَرْتُ من كتابِ الله إنْ كان لها فيه ميراث، فأعْطُوها فصالحها عثمان من ربع الثمن على ثمانين ألفاً» ولو كان وارثة فصولحت، فخرج أن يكون فيه إجماعاً. ولكن لاحتمال الأمر عند عثمان تقدم بمصالحتها.

وجواب ثان: وهو أن أبا سلمة عبد الله بن عبد الرحمن بن عوف روى عن أبيه أنه قال: «لا تسألني امرأة من نسائي الطلاق إلا طلَّقْتُها، فغضبت تماضر وسألتِ الطلاقَ، فغضبَ عبدُ الرحمن وطلقها». وتماضر هي أم أبي مسلمة وهو أعرف بحالها. وقد روي: أنها سألت الطلاق، وأبو حنيفة لا يورثها إذا سألت طلاقها، فلم يكن له فيه دليل لو كان إجماعاً. ولأن أبا سلمة روى: أنه مات بعد انقضاء عدتها، وأن موته كان بعد تسعة أشهر من طلاقها، وعند أبي حنيفة: أنها لا ترث بعد انقضاء عدتها، فخرج أن يكون له فيه دليل.

فإن قيل: فقد روى عروة بن الزبير: «أنهُ ماتَ وهي في العدّة»، وروى ابن أبي مليكة «أنه مات في عدتها بعد حيضتين»، قيل: أبو سلمة أعرف بحالها لأنه ابنها من غيره من الأجانب، ولأن نقله أزيد، فكان الأخذ به أحق.

وأما قياسهم على الفرقة بالموت، فالمعنى فيها: أنها لا تمنع ميراثها منه.

وأما استدلالهم بالقتل، فهو استدلال العلتين، لأن القتل يمنع من ميراث كان مستحقاً، وهم جعلوا طلاق المرض يثبت ميراثاً كان ساقطاً، وليس لاعتبار التهمة فيه وجه، فإن التهمة لو وجدت في الفرقة التي من جهتها لم تورث، فكذلك في الفرقة من جهته.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن حقوق الورثة قد تعلقت بعين ماله، فغير مسلم. لأنه لو أنفقه في شهواته وملاذه ولم يمنعه، ولو سلم لهم لتعلق به حق من كان وارثاً عند موته، وليست هذه وارثة عند الموت، فلم يصح الاستدلال.

فصل: إذا تقرر القولين. فإن قيل بالثاني: أنها لا ترث، فلا تفريع عليه، سواء كان الموت في العدة أو بعدها، سألته الطلاق أو لم تسأله.

وإذا قيل بالأول: أنها ترث، ففي زمان ميراثها منه ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو مذهب أبي حنيفة: إنها ترثه ما كانت في عدتها، وهي عدة الطلاق بالإقراء. فإذا انقضت عدتها لم ترث، لأن بقاء العدة من بقايا علق النكاح وأحكامه، فتبعها الإرث، وسقط بانقضائها.

والقول الثاني: أنها ترثه ما لم تتزوج، وهو مذهب ابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل. فإن تزوجت لم ترث، لأن تزويجها رضا منها بطلاقه.

والقول الثالث: وهو مذهب مالك: أنها ترثه وإن تزوجت، لأنه حق لها، فلم يسقط بالتزويج كسائر الحقوق.

فصل: فإذا تقرر أن ميراثها على ما ذكرنا من الأقاويل الثلاثة، فإنها ترثه إذا لم تختر طلاق نفسها، فإن اختارت طلاقها لم تختر طلاق نفسها. فإن اختارت طلاقها، لم ترث. واختيارها للطلاق، قد يكون من وجوه، منها:

أن تسأله الطلاق فيطلقها، أو يعلقه بمشيئتها، فتشاء طلاقها. أو يعلقه بفعلها فيما لا تجد منه بداً، كقوله: إن دخلت الدار، أو كلمت زيداً، أو لبست هذا القميص، أو أكلت هذا الرغيف، فأنت طالق فتفعل ذلك، فيدل على اختيارها للطلاق، لأنها تجد من ذلك بداً فلا تدخل الدار، ولا تكلم زيداً، ولا تلبس ذلك القميص، ولا تأكل ذلك الرغيف.

فأما إن علقه بفعل ما لا تجد بداً منه كقوله: إن أكلت، أو شربت، أو نمت، أو قعدت، فإن فعلت ذلك عند الحاجة، فهي غير مختارة لطلاقها، فلها الميراث. وإن فعلته قبل وقت الحاجة، ففيه وجهان:

أحدهما: يجري عليها حكم الاختيار اعتباراً بوقت الفعل، لأنها تجد من تقديمه قبل الحاجة بداً.

والثاني: يجري عليها حكم عدم الاختيار، اعتباراً بوقت الفعل. لأنها تجد من تقديمه قبل الحاجة بداً بحال الفعل، ولأنها لا تجد من فعله بداً. وكذلك لو خالفته دل الخلع على اختيارها، فمنعها طلاق الخلع من الميراث، هذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة.

وقال مالك: لها الميراث، وإن اختارت الطلاق وسألته.

وقال أبو علي بن أبي هريرة من أصحابنا تعلقاً بأن تماضر بنت الإصبغ الكلبي سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق، فورثها عثمان رضي الله عنه، ولأنه لما كان القتل مانعاً من

الميراث لم يقع الفرق فيه بين أن يكون عن سؤال وغير سؤال، حتى لو قال له الموروث: اقتلني فقتله، لم يرثه؛ كذلك الطلاق في المرض لما كان موجباً للميراث لم يقع الفرق فيه بين أن يكون عن سؤال وغير سؤال.

وهذا فاسد، لأن استحقاق الإرث إنما يكون لأجل التهمة في الإرث. فإذا اختارت وسألت، زالت التهمة، سقط موجب الإرث. ولأنها إذا سألت واختارت، صارت الفرقة منسوبة إليها، فجرى مجرى فسخها بالعيوب التي لا توجب ميراثها، ولا ميراثه منها.

وأما تماضر فكل ما أخذته، وإن سألت الطلاق، صلحاً لا إرثاً. على أنه لم يطلقها حتى سألته، لأنه أمسكها حتى حاضت، ثم طهرت، ثم طلقها. وإذا تأخر طلاقه عن سؤالها لم يكن جواباً، وصار طلاقاً مبتدأ، وقيل: أنها سألته في حال الصحة، فطلقها في المرض.

وأما الإرث في القتل، فوجوده كعدمه في الحظر سواء، فكان في حكم الميراث سواء، وخالف سؤال الطلاق. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَوْ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي صِحَّتِهِ ثَلَاثاً لَمْ تَرِثْهُ، وَحُكْمُ الطَّلَاقِ فِي الإِيقَاعِ وَالإِقْرَارِ فِي القِيَاسِ عِنْدِي سَوَاء. الفصل)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أقر في مرضه أنه كان قد طلقها في صحته، يقبل إقراره، لأنها حالة يملك فيها إيقاع الطلاق، فصح منه الإقرار بالطلاق، ويكون طلاقاً في الصحة دون المرض، ولا يرث به قولاً واحداً. لكنها تعتد من وقت إقراره ولا يقبل قوله في سقوط نفقتها.

ونقل عن أبي حنيفة ومالك: أنها ترثه للحوق التهمة في إقراره، كلحوقها في طلاقه.

وهذا خطأ، لأن المقر بالطلاق غير مطلق في حال الإقرار. ألا ترى لو حلف لا يطلق، فأقر بالطلاق لم يحنث؟ فلم يجز أن يضاف طلاق الصحة إلى حال المرض، وإن كان مقراً به في المرض.

(١) مختصر المزني: ص ٧٥٥ وتتمة المسألة: «وقال في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى لا ترث المبتوتة. قال المزني: وقد احتج الشافعي رحمه الله على من قال إذا ادّعيا ولداً فمات، ورثه كلّ واحد منهما نصف ابن، وإن ماتا ورثهما كمال أب. فقال الشافعي: الناس يرثون من يورثون، فألزمهم تناقض قولهم إذا لم يجعلوا الابن منهما كهما منه في الميراث، فكذلك إنما ترث الزوجة الزوج من حيث يرثها، فإذا ارتفع المعنى الذي يرثهم به لم ترثه، وهذا أصح في القياس، وكذا قال عبد الرحمن بن عوف ما قررت من كتاب الله، ولا من سنة رسوله، وتبعه ابن الزبير».

فصل: ولو قال لها في صحته: إذا قدم زيد فأنت طالق، فقدم زيد في مرضه، طلقت ولا ترث قولاً واحداً. وإن كان وقوع الطلاق في المرض لعقده في الصحة، وانتفى التهمة عنه في الإرث.

وهكذا لو قال في صحته: أنت طالق رأس الشهر، فأهلَّ الشهر وهو مريض، طلقت، ولم ترث تعليلاً بما ذكرنا، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: ترث لأنها مطلقة في المرض.

وقوله مردود بما وصفنا من انتفاء التهمة عنه.

ولو قال لها في صحته: أنت طالق في مرضي، طلقت فيه، وكان لها الميراث على ما ذكرنا من الأقاويل. ولكن لو قال لها في صحتها: أنت طالق قبل موتي لشهر، ومات بعده بشهر من قوله، طلقت قبل موته بشهر. فإن كان وقت وقوع الطلاق عليها صحيحاً لم ترثه؛ لأنه طلاق في الصحة، وإن كان مريضاً. فالصحيح: أنها لا ترثه، لأنه عقد طلاق في الصحة يجوز أن يكون وقوعه في الصحة.

وفيه وجه: أنها ترثه، لأنه لما قيده بزمان الموت صار متهوماً بالتعرض له. ولكن لو قال: أنت طالق في آخر أجزاء صحتي المتصلة بأسباب أول موتي طلقت فيه، ولم ترث. وإن كان متهوماً لأنه طلاق في الصحة، فلم يجز أن تورث فيه. ولكن لو علق طلاقها في صحته بفعله، ثم أوقع الفعل في مرضه. مثاله: أن يقول وهو صحيح: إن كلمت زيداً فأنت طالق، أو إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم كلم زيداً في مرضه أو دخل الدار في مرضه، فلها الميراث، لأنه متهم بإيقاع الفعل فيه.

فصل: ولو طلقها في مرضه المخوف، ثم صح منه، ثم مرض ومات لم ترثه، وبه قال أبو حنيفة ومالك.

وقال زفر الهذيل: ترث، لأنه طلاق في المرض.

وليس بصحيح، لأنه تعقب الصحة، قد أخرج مرض الطلاق أن يكون مخوفاً.

فلو طلقها في مرضه المخوف ثم قتل فيه، أو افترسه سبع، أو نهشته أفعى، فكان موته من غيره، قال أصحابنا: لم ترث، لأن حدوث الموت من غيره، فنفي عنه حكم الخوف. وهكذا لو طلقها في مرضه فارتدت عن الإسلام، ثم عادت إليه قبل موته، لم ترث قولاً واحداً، لأنها قد صارت بالردة في حال لو مات فيها لم ترثه.

وإن كانت ذمية فطلقها في مرضه، ثم أسلمت قبل موته، لم ترثه؛ لأنه لو مات وقت طلاقه وقبل إسلامها لم تزثه، فانتفت التهمة عنه. ولو أسلمت ثم طلقها، ورثت. ولو قال لها في مرض موته: إن أسلمت فأنت طالق، فأسلمت ورثت لتهمته.

وهكذا لو كانت زوجته أمة فطلقها في مرضه، ثم أعتقت، لم ترث. ولو أعتقت ثم طلقها، ورثت.

فلو أوقع الطلاق في حالة واحدة، وذلك بأن يعلق الزوج طلاقها بقدوم زيد، ويعلق السيد عتقها بقدوم زيد، فيكون قدوم زيد موقعاً لطلاقها وعتقها، فيغلب فيها حكم الأسبق منهما. فإن سبق الزوج السيد فقال: إن قدم زيد فأنت طالق، ثم تلاه السيد فقال: إن قدم زيد فأنت حرة، فلا ميراث لها لارتفاع التهمة عن الزوج.

وإن سبق السيد فقال: إن قدم زيد فأنت حرة، ثم تلاه الزوج فقال: إن قدم زيد فأنت طالق ، فلها الميراث لتهمة الزوج. فلو قال لها السيد: إن طلقت الزوج غداً فأنت اليوم حرة، فطلقها الزوج من الغد ثلاثاً في مرض موته، لم ترث قولاً واحداً، سواء علم الزوج بذلك أم لا ، لأن العتق لا يقع إلا بالطلاق.

ولو قال الزوج في مرضه: إن أعتقك السيد غداً فأنت اليوم طالق ثلاثاً، فأعتقها السيد في غدٍ، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لها الميراث لتهمة الزوج، فتكون كالحرة المبتوتة في المرض.

والثاني: لا ميراث لها لتقدم الطلاق على العتق.

فلو اختلفت مع ورثة الزوج، فقالت: طلقني بعد عتقي، فلي الميراث. وقال الورثة: طلقك قبل عتقك، فلا ميراث لك. فالقول قول الورثة مع أيمانهم، ولا ميراث لها؛ لأنّ الأصل فيها عدم الإرث حتى يتحقق سبقه.

ولو اختلفت الحرة وورثة الزوج، فقالت: طلقني في مرضه فلي الميراث؛ وقال الورثة: طلقك في الصحة فلا ميراث لك، فالقول قول الزوجة مع يمينها ولها الميراث؛ لأن الأصل فيها استحقاق الميراث، ولأننا على يقين من حدوث الطلاق، وفي شك من تقدمه.

فصل: وإذا طلقها في مرضه طلاقاً رجعياً، فإن مات في عدتها ورثته قولاً واحداً، لأنه لو كان طلاقاً في الصحة ورثت به، فلأن ترث به في المرض أولى. ولو ماتت عنه بعد

انقضاء عدتها، لم ترثه قولاً واحداً، لأن هذا الطلاق لا يمنعها الميراث، فلم يتهم فيه، وإنما منعها الميراث انقضاء العدة وليست من فعله.

فصل: ولو فسخ نكاحها في مرض موته بأحد العيوب، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه في حكم الطلاق في مرضه فترثه؛ لأنها فرقة في المرض هو متهوم بها.

والوجه الثاني: لا ترثه قولاً واحداً، لأمرين:

أحدهما: أنها فرقه بسبب من جهتها، فضعفت تهمته بها.

والثاني: أن تأخيرها بعد العلم بها يسقط حقه من الفسخ، فخالف الطلاق الذي لا يسقط حقه منه بالتأخير.

فصل: وإذا ارتد في مرضه عن الإسلام فبانت منه، ثم عاد إلى الإسلام، لم ترثه قولاً واحداً بخلاف الطلاق، لأمرين:

أحدهما: أن الردة غير موضوعة للفرقة، وإن كانت من أحكامها، فخالفت حكم الطلاق الموضوع للفرقة.

والثاني: أنه غير متهوم بالردة في قصد ارتداده، لما يتغلظ عليه من أحكامها، فخالفت الطلاق.

فصل: وإذا لاعنها في مرضه ثم مات، فقد اختلف أصحابنا في ميراثها منه على ثلاثة أوجه:

أحدها: ترثه، كالمطلقة للحوق التهمة فيه كالطلاق.

والثاني: لا ترثه، لأن لحوق المعرة به في لعانه وفساد فراشه، ونفي نسب ولده عنه، تنفي عنه التهمة في فرقته فلم ترثه.

والوجه الثالث: إن لاعنها في المرض عن قذف في الصحة لم ترثه، وإن لاعنها عن قذف في المرض ورثت، لأن تقدم السبب على المرض ينفي عنه التهمة.

فصل: وإذا قال لها في مرضه: إن صليت فأنت طالق، أو قال لها: إن صمت فأنت طالق فصلت وصامت نظر: إن فعلت ذلك تطوعاً طلقت، ولا ميراث لها، لأنها تجد من ترك التطوع بالصلاة والصيام بدًّا، فصارت مختارة للطلاق، فلم ترث. وإن صلت وصامت

فرضاً، طلقت، ولها الميراث، لأنها لا تجد من فرض الصلاة والصيام بداً، فلم تصر مختارة للطلاق.

ولو قال لها: إن كلمت أبويك فأنت طالق، فكلمتهما، طلقت مكانها، ولها الميراث، لأنها لا تجد من كلام أبويها بداً، لأن ترك كلامهما معصية. وإن علق طلاقها وكلام غيرهما من أهلها وأقاربها، طلقت ولم ترث، لأنها تجد من كلام غيرهما بداً.

وقال الحسن بن زياد اللؤلؤي: إن كلمت ذا محرم ورثت كالأبوين، وإن كلمت غير ذي محرم لم ترث، ولا فرق بينهما عندنا لما ذكرناه.

فصل: وإذا طلق في مرضه أربع زوجات له ثلاثاً ثلاثاً، ثم تزوج أربعاً سواهن، ومات عنهن، وقيل: بتوريث المبتوتة، ففي الميراث ها هنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ميراث الزوجات وهو الربع أو الثمن، يكون مقسوماً بين الأربع المطلقات والأربع المزوجات أثماناً، لأن كل فريق منهما يستحق الميراث.

والوجه الثاني: أن الميراث يكون للأربع المطلقات دون الأربع المزوجات، لأن حق المطلقات أسبق من حق المزوجات.

والوجه الثالث: أن الميراث يكون للأربع المزوجات دون المطلقات، لأن حقوق الزوجات ثابت بالنص، وحقوق المطلقات بالاجتهاد.

فلو تزوج بعد الأربع اثنتين ثم مات.

فأحد الأوجه الثلاثة: أن الميراث مقسوم بين الست كلهن.

والثاني: أنه للأربع المطلقات.

والثالث: للزوجتين نصف الميراث، والنصف الباقي بين الأربع المطلقات. والله أعلم.

بَـابُ الشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَمَّا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ الشَّيْطَانَ يَأْتِي أَحَدَكُمْ فَيَنْفُخُ بَيْنَ إِلْيَتَيْهِ فَلَا يَنْصَرِفُ، حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَشُمَّ رِيحاً» عَلِمْنَا أَنَّهُ لَمْ يَزَلْ يَقِينُ طَهَارَةٍ إِلَّا بِيَقِينِ حَدَثٍ، فَكَذَلِكَ مَنِ اسْتَيْقَنَ نِكَاحاً ثُمَّ شَكَّ فِي الطَّلَاقِ، لَمْ يَزِلِ الْيَقِينُ إِلَّا بِالْيَقِينَ)[١].

قال الماوردي: أما الشك في أصل الطلاق، هل طلق أم لا؟ فلا طلاق عليه إسقاطاً لحكم الشك، واعتباراً بيقين النكاح، وأن أحكام الشرع مستقرة على تغليب اليقين على الشك.

لحديث أبي سعيد الخدري: أن النبي ﷺ قال: «إِذَا شَكَّ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ ثَلَاثاً صَلَّى أَوْ أَرْبَعاً، فَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ»[٢].

ولقوله ﷺ: «إِنَّ الشَّيْطَانَ يَأْتِي أَحَدَكُمْ فَيَنْفُخُ بَيْنَ إِلْيَتَيْهِ فيقول: أَحْدَثْتُ أَحْدَثْتُ فَلَا يَنْصَرِفْ مِنْ صَلَاتِهِ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَجِدَ رِيْحَاً»[٣].

فأمره في هذين الخبرين أن يعمل على اليقين فيما يؤديه من صلاته، وفيما يلتزم من حدثه، وأسقط حكم الشك أن يتعلق به حكم، فكذلك في الطلاق يلزم ما يتيقنه ويسقط ما يشك فيه، وكذلك سائر الأحكام.

فإن قيل: فقد تركتم هذا الأصل في مواضع غلبتم فيها حكم الشك على اليقين، منها: في صلاة الجمعة إذا شك وهو فيها في دخول وقت صلاة العصر، غلب حكم الشك وأتمها ظهراً.

فالجواب عن هذا: أن أصحابنا اختلفوا فيه:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥.

(٢) سبق تخريجه في الطهارة.

(٣) سبق تخريجه في الطهارة.

فذهب أبو إسحاق المروزي: إلى أنه يتمها جمعة، تغليباً لحكم اليقين في بقاء الوقت، فسقط هذا الاعتراض.

وقال غيره من أصحابنا: بل يتمها لأجل الشك ظهراً، لأن فرض الصلاة متيقن، فلم يسقط إلا بيقين الأداء. وأداء الجمعة يصح بشرط متيقن وهو بقاء الوقت، فلم يصح أداؤها مع الشك في وجود شرطها، فلذلك أتمها ظهراً. فعلى هذا، إنما هو تقابل أصلين لا يمكن العمل على اليقين فيها، فرجحنا حكم اليقين في أوكدهما.

ومنها المتلفف في ثوبه إذا ضربه ضارب فقده، واختلف في حياته قبل ضربه، القول فيه قول ضاربه، فقد خالفتم اليقين في بقاء حياته.

قلنا: أما القود، فلا يجب لأنها شبهة، والقود حد يسقط بالشبهة. وإما الدية، ففيها قولان:

أحدهما: تجب، اعتباراً باليقين في بقاء حياته.

والثاني: لا تجب، اعتباراً باليقين في براءة الذمة.

فعلى هذا، قد تقابل أصلان:

لأحدهما: بقاء الحياة في وجوب الدية.

والثاني: براءة الذمة في إسقاطها، فعلم حكم اليقين في أحد الأصلين وهو براءة الذمة، وليس كذلك في الطلاق لأنه أصل واحد لم يعارضه غيره، فاعتبر اليقين فيه.

ومنها: أن العبد الآبق إذا أعتقه عن كفارته لم يجزه، والأصل بقاء حياته.

قيل: هذا نص الشافعي في عتقه عن الكفارة: أنه لا يجزىء، لجواز أن يكون ميتاً، وعليه زكاة فطره، لجواز أن يكون حياً، فغلب حكم الحياة في الزكاة، وحكم الموت في الكفارة. فمن أصحابنا من نقل كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، وخرجهما على قولين:

أحدهما: يجزىء عتقه في الكفارة كما تجب فيه زكاة الفطر، تغليباً لليقين في بقاء الحياة.

والثاني: لا تجب فيه زكاة الفطر، كما لا يجزىء عتقه في الكفارة، تغليباً لحكم

اليقين في بقاء الكفارة في الذمة. لأنه تقابل أصلان، فرجح اليقين في أوكدهما، وليس كالطلاق الذي هو أصل واحد يجب اعتبار اليقين فيه.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فالشك في الطلاق على ضربين:

أحدهما: أن يشك في أصله.

والثاني: أن يشك في عدده.

فإن كان شك في أصله، هل طلق أم لا؟ لم يلزمه الطلاق، اعتباراً باليقين في بقاء النكاح، وإسقاطاً للشك في رفعه بالطلاق، وهذا متفق عليه، لكن الورع أن يلتزم حكم الطلاق حتى لا يستبيح بضعاً بالشك، فإن كان الشك في طلقة واحدة، هل أوقعها أم لا؟ فالتزامه لحكمها ورعاً أن يرتجعها. فإن كان قد طلق حلت له بالرجعة، وإن لم يكن قد طلق لم تضره الرجعة، ويستبقيها على طلقتين.

وإن كان الشك في الطلاق الثلاث: هل أوقعها أم لا؟ فالورع: أن يترك الاستمتاع بها، أن يعتزلها ويلتزم نفقتها، فيغلب الشك في اعتزال الوطء واليقين في التزام النفقة. وإن أراد الاستمتاع بها، أن يطلقها ثلاثاً لتستبيح نكاح غيره بيقين. فإن كان قد وطئها من قبل، لم يقع هذا الطلاق، وإن لم يكن قد طلقها من قبل وقع هذا الطلاق. وحلت له لزوج بعده. فإذا استحلت بزوج، حلت له أن ينكحها، ثم هي مستباحة بيقين. هذا في الورع وإن لم يلزمه في الحكم أن يرتجع إذا شك في الواحدة، ولا أن يعتزل أو يطلق باليقين في أصل النكاح، واستدامة إباحته.

فصل: وإن كان الشك في عدد الطلاق مع يقين وقوعه، مثل: أن يشك هل طلق واحدة أو ثلاثاً؟ لم يلزمه إلا اليقين، وهو الأقل، وبه قال أبو حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال مالك: يلزم أكثر ما شك فيه وهو الثلاث، فلا تحل إلا بعد زوج. فإذا تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة، طلقت ثلاثاً لجواز أن يكون طلقها في النكاح الأول اثنتين فبقيت معه على واحدة، فإذا تزوجها ثالثة بعد زوج ثان، وطلقها واحدة، طلقت منه ثلاثاً لجواز أن يكون قد طلقها في النكاح الأول واحدة، ويسمى الطلاق الودلابي.

واستدل على التزامه مع الشك حكم الأكثر: بأن الشك في الحظر والإباحة يوجب تغليب الحظر على الإباحة، كمن اختلطت أخته بأجنبية حرم عليه نكاحها، تغليباً للتحريم. وكمن أصاب ثوبه نجاسة فلم يعرف موضعها، غسل جميعه تغليباً للنجاسة.

ودليلنا مع ما قدمناه من الخبرين: أنه شك في طلاق فلم يحكم بوقوعه، كالشك في أصل الطلاق. ولأن كلما لو وقع الشك في أصله بني على اليقين، وجب إذا وقع في عدده أن يبنى على اليقين كالصلاة، ولأنه إسقاط حق، فلم يلزم الشك كالإبراء.

فأما الجواب عن استدلالهم بتغليب الحظر على الإباحة، فهو: أن ذلك يكون مع اجتماعهم دون الشك فيهما، وأن لا أصل تغليب حكم.

فأما الثوب إذا شك في موضع النجاسة ومنه، فغلبه على جميعه، لأن وقوع النجاسة فيه قد يمنع الصلاة فيه، فلم يستبحها فيه إلا بيقين طهارة. فكذلك على جميعه. وأما أخته وأجنبية، فلأن التحريم قد ثبت، فلم يستبح أحدهما بالشك.

وكذلك إذا شك في المطلقة من زوجتيه، وليس كالشك في الطلاق، لأنه لم يثبت تحريم الثلاث، فلم يلزم تحريمها بالشك، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: حَنِثْتُ بِالطَّلَاقِ أَوْ فِي العِتْقِ، وَقَفَ عَنْ نِسَائِهِ وَرَقِيقِهِ حَتَّى يُبَيِّنَ وَيَحْلِفَ لِلَّذِي يَدَّعِي، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ خَرَجَ السَّهْمُ عَلَى الرَّقِيقِ عُتِقُوا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنْ وَقعَتْ عَلَى النِّسَاءِ لَمْ يُطَلَّقْنَ، وَلَمْ يُعْتَقِ الرَّقِيقُ، وَالوَرَعُ أَنْ يدعن مِيرَاثَهُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل تيقن حنثه بطلاق نسائه، أو أعتق إمائه وأشكل عليه، فلم يعلم: هل كان بطلاق النساء أو عتق الإماء؟ مثل أن يقول وقد رأى طائراً: إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي طوالق، فإن لم يكن غراباً فإمائي أحرار. وطار الطائر ولم يعلم أغراب كان أو غير غراب، فيصير متيقناً للحنث في أحدهما، وإن لم يتيقن، فيتعلق بشكه هذا أربعة أحكام:

أحدها: أن يمتنع منهما قبل البيان منع تحريم، فلا يحل له وطء النساء، ولا الاستمتاع بالإماء، ولا التصرف فيهن تغليباً لحكم الحظر. لأن التحريم فيها واقع بيقين، والشك واقع بالتعيين، فجرى مجرى اختلاط أخته بأجنبية يوجب تحريمها عليه؛ لوقوع التحريم مع الجهل بالتعيين. وإذا حرم عليه النساء بالشك، حرم عليهن أن يتزوجن غيره بالشك. وكذلك الإماء، يحرم عليهن أن يتصرفن في أنفسهن، توقف أمر الفريقين على البيان.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥.

فصل: والحكم الثاني: أن يؤخذ بنفقات النساء ونفقات الإماء، وإن حرمن عليه. لأن تحريمهن منسوب إليه، ولأن نفقاتهن واجبة قبل الشك، فلم تسقط عنه بالشك، لكنْ يسقط حق القسم للنساء لتحريمهن كالمحرم بالردة والإحرام، ويوقف كسب الإماء أن يتصرف أو السيد فيه متى يتيقن عتقهن فيملكن الفاضل من إكسابهن، أو سير رزقهن، فتكون ملكاً للسيد.

فلو أراد السيد أن يستخدمهن وينفق عليهن، وأردن أن يكتسبن لأنفسهن وينفقن من كسبهن، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول السيد، تغليباً لسابق الملك.

والوجه الثاني: أن القول قولهن، تغليباً لحكم التحريم.

فصل: والحكم الآخر: أن يؤخذ ببيان الحنث: هل كان في طلاق النساء، أو عتق الإماء؟ وإن كان عنده بيان، فإن بين شيئاً قبل منه، لأنه لما كان مقبول القول في وقوع العتق والطلاق، كان مقبول البيان في الصفة التي يقع بها العتق والطلاق.

فإن قال: كان الحنث بطلاق النساء لأن الطائر كان غراباً، طلق النساء بإقراره، فإن صدقه الإماء، كن على رقهن، ولا يمين، عليه. وإن كذبنه حلف لهن، وكن على رقهن. فإن نكل عن اليمين لهن، ردت اليمين عليهن، فإذا حلفن عتقن بأيمانهن بعد نكوله، وطلق النساء بإقراره. فلو أكذبنه ولم يكن إحلافه، فهل يحلفه الحاكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يحلفه، لأن في عتقهن حقاً لله تعالى.

والثاني: لا يحلفه، لأن قولهن في تصديقه مقبول بغير يمين، ولو تجرد في حق الله تعالى يحلفن إن صدقه، فدل على أنه من حقوقهن.

وإن قال: كان الحنث بعتق الإماء لأن الطائر لم يكن غراباً، عتق الإماء وإن صدقنه النساء، وإلا حلف لهن، ثم هن بعد إمائه زوجات. فإن نكل عن اليمين لهن، ردت اليمين عليهن. فإذا حلفن، طلقن بأيمانهن بعد نكوله، وعتق الإماء بإقراراه.

وإن أمسك البيان فلم يبين طلاق النساء، ولا عتق الإماء، نظر في إمساكه: فإن كان مع علمه بالحال، حبس لهن حتى يبين. وإن كان إمساكه عن البيان لجهله بالحال، لم يحبس، وكان النساء والإماء موقوفات على التحريم ما بقي حتى يموت.

فلو قال: أمسكت عن البيان لخفائه علي، وقلن: بل أمسك عنه مع علمه به، أحلف لهن ولم يحبسن. وإن نكل عن اليمين، ردت عليهن ويحبس لهن، ورجع إلى بيانهن إن كان عندهن علم، كما يجوز رد اليمين عليهن. فإذا نكل عن اليمين لهن، فإن اتفق الفريقان على أن الحنث كان بطلاق النساء لأن الطائر كان غراباً، حلف النساء، ولم يحلف الإماء، وطلق النساء بأيمانهن، ولم يرق الإماء، لشك السيد في عتقهن.

وإن اتفقوا على أن الحنث كان بعتق الإماء، لأن الطائر لم يكن غراباً، حلفن دون النساء، وعتقن بأيمانهن، ولم يحل النساء لشك الزوج في طلاقهن.

وإن اختلف الفريقان، فادعى النساء الحنث بطلاقهن لأن الطائر كان غراباً، وادعى الإماء أن الحنث بعتقهن لأن الطائر لم يكن غراباً، حلف كل واحد من الفريقين على ما ادعاه، وطلق النساء بأيمانهن وعتق الإماء بأيمانهن.

فصل: والحكم الرابع: إذا لم يكن عنده بيان، أو كان فلم يبين حتى مات، فهل يرجع إلى بيان ورثته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع إلى بيانهم، لقيامهم بالموت مقامه. فعلى هذا، يقوم بيانهم مقام بيانه على ما مضى.

والوجه الثاني: وهو أصح مذهباً وحجاجاً: أنه لا يرجع إلى بيانهم.

أما المذهب، فلقول الشافعي ها هنا، «فإن مات أقرع بينهن»، ولم يقل إنه يرجع إلى بيان ورثته.

فأما الحجاج، فلأنهم يأخذون البيان عنه، فإذا لم يكن عنده فهم بذلك أولى. ولأنهم لا يقع منهم الطلاق، فلم يرجع إليهم في بيانه. فعلى هذا، يقرع بين الإماء والنساء، سواء كان عند الورثة أم لا. وهكذا، لو رجع إلى بيانهم فلم يكن عندهم بيان أقرع بينهم، وإذا وجب الإقراع بينهم جمع بين النساء في قرعة، وبين الإماء في قرعة، وأخرجت على العتق والطلاق، لأن العتق قد خلا في القرعة فدخلت في هذا الموضع.

فإن قيل: وليس للطلاق مدخل في القرعة، فلم دخلت في هذا الموضع، وفي ذلك إدخال قرعة في شيئين، ليس لأحدهما مدخل في القرعة؟

قيل: قد يجوز إذا لم يثبت حكم الشيئين بسبب واحد، وإن لم يثبت به إحداهما.

كما أن القطع مع العزم في السرقة لا يثبت إلا بشاهدين، ويجوز أن يثبت العزم وحده بالشاهد والمرأتين، وإن لم يثبت به القطع.

فصل: فإذا ثبت جواز القرعة، فإن خرجت بقرعة الإماء عتقن من رأس المال، إلا أن يكون عقد اليمين في المرض فيعتقن من الثلث. وكان النساء زوجات يحكم لهن بالميراث، لأن الإرث مستحق قبل الشك، فلم يسقط بالشك كالنفقة. وإن خرجت القرعة على النساء، لم يطلق ورق الإماء.

وقال أبو ثور: يطلق النساء بالقرعة، كما يعتق الإماء بها. استدلالاً بأن العتق والطلاق يجتمعان في وقوعهما على الجهالة والغرر، فوجب أن يجتمعا في دخول القرعة فيهما. ولأنها داخلة في تمييز العتق والطلاق، فكذلك في تمييز الطلاق من العتق.

وهذا خطأ، لأنه لو طلق واحدة من نسائه لا بعينها لم يقع بينهن. ولو أعتق واحدة من إمائه أو عبيده أقرع بينهن، فدل على دخول القرعة في العتق دون الطلاق. وإنما دخلت القرعة في العتق، لأن العتق محله الملك، والقرعة تدخل في المال، فجاز أن تدخل فيما يكون محله في الملك. وليس كذلك الطلاق، لأن محله النكاح، والقرعة لا تدخل في النكاح، فلم تدخل فيما يكون محله النكاح.

فإذا تقرر أن خروج القرعة على النساء لا يوقع عليهن الطلاق، فلهن الميراث، لأنه لا يثبت ما يسقطه، إلا أن يكون فيهن من ادعت طلاقها بكون الطائر غراباً، فلا ترث لإخبارها بسقوط الإرث. فأما الإماء، فيثبت لهن حكم الرق بخروجهن من القرعة، ويجوز للورثة التصرف فيهن لثبوت رقهن.

فإن قيل: فهلا منع الورثة من التصرف فيهن كما منع السيد؟

قيل: الفرق بينهما: أن السَيدَ اجتمع في ملكه المحظور والمباح، لأنه يملك الإماء وأبضاع النساء، فغلب حكم الحظر على الإباحة لاجتماعهما يقيناً. وليس كذلك للورثة، لأنهم لا يملكون أحد الفريقين، وهم الإماء دون أبضاع النساء، فلم يجتمع الحظر والإباحة، فكذلك لم يغلب حكم الحظر على الإباحة، وصار ملكاً شك في حظره بعد الإباحة، فأعتبر فيه أصل الإباحة.

فإذا صح كون الإماء ملكاً للورثة، فقد اختلف أصحابنا في ارتفاع الشبهة عنهن على وجهين:

أحدهما: لا ترتفع الشبهة عنهن للشك المتقدم في عتقهن، وأن القُرعة لم تدخل لتحقيق ما وقعت عليه من الطلاق، فأولى أن لا تدخل لتحقيق ما لم يقع عليه من العتق. فعلى هذا، لا يجوز للورثة الاستمتاع بهن، ويجوز التوصل إلى أخذ أثمانهن، ويملك كسبهن، ولو وزعوا كان أولى.

والوجه الثاني: أن الشبهة عن رقهن مرتفعة، لأن القرعة تضمنت نفياً وإثباتاً.

أما النفي، فنفي عتق الإماء. وأما الإثبات، فإثبات طلاق النساء. فإذا لم يعمل في إثبات الطلاق لم يتحقق، وإذا عملت في نفي العتق تحقق. فعلى هذا، يجوز لهم وطء الإماء، والتصرف فيهن كيف شاءوا.

فصل: وإذا قال الرجل: إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي طوالق، وإن كان حماماً فإمائي أحرار، فطار ولم يعلم، فإذا كان كذلك فلا حنث عليه بطلاق ولا عتق، لأنه قد يجوز أن يكون الطائر ليس بغراب ولا حمام، فلم يتحقق الحنث. وليس كالذي يقدم إن كان غراباً أو غير غراب، لأنه لا ينفك من أحدهما.

فصل: ولو أن رجلين قال أحدهما: إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي طوالق، وقال آخر: إن لم يكن غراباً فعبيدي أحرار، فطار ولم يعلم أغراباً كان أو غير غراب؟ فلا حنث على واحد منهما، وللزوج أن يستمتع بنسائه، وللسيد أن يتصرف في عبيده، لأن كل واحد منهما شاك في الحنث، فلم يلزمه حنث. وخالف اجتماعهما في ملك واحد، لأن الحنث يقين، وإن جهل تعيينه.

فصل: فإذا قال رجلان ولكل واحد منهما عبد، فقال أحدهما: إن كان هذا الطائر غراباً فعبدي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حر، فطار ولم يعلم أغراب كان أو غير غراب، لم يعتق عبد كل واحد منهما لشكه في عتقه. فإن اشترى أحدهما عبد الآخر فصارا معاً في ملك أحدهما، نظر: فإن تكاذبا، عتق على المشتري العبد الذي اشتراه لأنه مقر بحريته، وعبده الأول على رقه. وإن لم يتكاذبا، وكان كل واحد منهما على شكه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه قد تعين على المشتري عتق أحدهما، كما لو قال ذلك وهما في ملكه، لاجتماعهما الآن في ملكه فعلى هذا، يمنع من التصرف فيهما حتى يبين الحر منهما.

والوجه الثاني: أنه لا عتق عليه في واحد منهما، لأن كل واحد من السيدين قد كان له

التصرف في عبده بعد اليمين، وكذلك إذا اجتمع في ملك أحدهما. ولكن لو تنازع كل واحد منهما عبد الآخر، فكان كانا تكاذبا، اعتق على كل واحد منهما العبد الذي اشتراه. وإن لم يتكاذبا، جاز لكل واحد منهما أن يتصرف في العبد الذي اشتراه وجهاً واحداً، لأنهما لم يجتمعا في ملك، ومشتري كل واحد منهم يقوم مقام بائعه فيه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ ثَلَاثاً، مُنِعَ مِنْهُمَا وأَخَذَ بِنَفَقَتِهِمَا حَتَّى يُبَيِّنَ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال وله زوجتان: إحداكما طالق ثلاثاً، طلقت إحداهما دون الأخرى.

وقال مالك: طلقتا معاً، لأن إرسال الطلاق عليهما يجعل لكل واحدة منهما حظاً، فطلقتا، كما لو شرك بينهما.

وقال داود: لا طلاق على واحدة منهما، كما لو قال لأحد هذين الرجلين: عليّ ألف درهم، لم يلزمه لواحد منهما شيء.

وكلا المذهبين مدخول، ويلزمه طلاق إحداهما دون الأخرى لرواية عطاء عن ابن عباس: أن رجلاً من أهل عمان أتاه فقال: «إن لي ثلاث نسوةٍ وإنّي طلقْتُ إحداهن، فثبت طلاقها فقال ابن عباس: «إن كُنْتَ نويْتَ طلاقَ واحدة منهن بعينها، ثم أنسيتها، فقد اشتركْنَ في الطلاق، كما يشتركْنَ في الميراث، وإن لم تكن نويْتَ واحدةً منهما بعينها، فطلِّقْ أيتهُنَّ شِئْتَ وأمسِكْ الباقيتين». وهذا قول ابن عباس، وليس أعرف له في الصحابة مخالفاً، فصار إجماعاً.

وقوله: «إن كنت نويت واحدة منهن بعينها، ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق»، يعني: في تحريم الطلاق، لا في وقوعه على ما سنذكره. ولأن الحظر والإباحة إذا اجتمعا، لم يغلب حكم الإباحة إجماعاً، فسقط به قول داود. وإذا أمكن تمييزها لم يغلب به حكم الحظر، فبطل به قول مالك. ولأنه لو قال لعبديه: أحدكما حر، عتق أحدهما، وبين المعتق منهما، كذلك الطلاق وفيما ذكرنا انفصال.

فصل: فإذا ثبت أنه يطلق إحداهما دون الأخرى. فلا يخلو حال المطلقة منهما من أحد أمرين: إما أن يعينها باللفظ، أو لا يعينها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥.

فإن عينها وقت لفظه وقصدها بإشارته أو تسميته، فهي المطلقة، ولا يجوز أن يصرف الطلاق عنها إلى غيرها. فإن لم يكن قد نسيها، ولا أشكلت عليه، سئل عنها وأخذ ببيانها. وإن كان قد نسيها أو خفيت عليه، لأنه طلقها في ظلمة أو من وراء جدار، وقف أمرها وأخذ ببيانها بالكشف عن الحالة والتوصل إلى زوال الإشكال. فإذا بين أحدهما قبل قوله، فإن صدق عليها لم يحلف، وإن كذبتاه حلف للباقية منهما دون المطلقة، لأنه لو رجع عن المطلقة لم يقبل منه، ولو رجع عن الباقية قبل منه، وكان الطلاق واقعاً وقت لفظه دون بيانه، وكذلت الفترة عقيب الطلاق.

وإن لم يعين الطلاق وقت لفظه وأرسله بينهما، فله أن يعينه الآن فيمن شاء منهما، ويكون الأمر فيه إلى خياره. فأيتهما شاء أن يعينها بالطلاق فعل، ويؤخذ بالبيان في تعيين التي شاء طلاقها. فإذا عينها بالطلاق وبينها، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون الطلاق واقعاً عليها من وقت اللفظ، أو وقت التعيين؟ على وجهين:

أحدهما: من وقت اللفظ، لأنه أوجب الطلاق.

والوجه الثاني: وهو قول ابن أبي هريرة: من وقت التعيين، لأنه ميز الطلاق.

فإذا قيل: بهذا الوجه، اعتدت من وقت التعيين. وإذا قيل: بالأول، ففي عدتها وجهان:

أحدهما: من وقت وقوع الطلاق باللفظ، لأنها تتعقب بالطلاق.

والوجه الثاني: من وقت تعيينه، وإن تقدم الطلاق شرع بغليظ الأمرين.

فصل: فلو قال: إحداكما طالق، وكان نكاح إحداهما فاسداً، ونكاح الأخرى صحيحاً، فإن كان الطلاق مرسلاً غير معين وقع على المنكوحة نكاحاً صحيحاً، ولم يرجع إلى خياره، لأنه لا يقع الطلاق إلا عليها، وكان معيناً، فبين أنه أراد المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل منه. هكذا لو اتفقت الزوجتان في الاسم والنسب، ونكاح إحداهما فاسد، فذكرت باسمها ونسبها الذي يشتركان فيه، وقال: أردت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل منه.

وقال أبو حنيفة: إن قال: إحداكما طالق قبل منه، وإن اشتركا في الاسم والنسب لم يقبل. ووافقنا في العبدين إذا اشتركا في الاسم، وشراء أحدهما فاسد وشراء الآخر

صحيح، وقال: يا فلان أنت حر، وأراد المشتري فاسداً قبل منه، كما لو قال: أحدكما حر. وهذا حجة عليه في الطلاق، فوجب التسوية بينهما، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ قَالَ: لَمْ أُرِدْ هَذِهِ بِالطَّلَاقِ، كَانَ إِقْرَاراً مِنْهُ لِلأُخْرَى)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا طلق إحدى امرأتيه كان مأخوذاً بالبيان. فإن كان الطلاق معيناً، أخذ بقول المعينة منهما. وإن كان مرسلاً، عينه فيمن شاء منهما، ثم هما إلى وقت البيان في الاستمتاع كالأجانب، وكالزوجات في النفقة. وإنما حرمتا معاً قبل البيان، لأن المحرمة منهما غير متميزة عن المباحة، فغلب فيهما حكم الحظر والتحريم. كما لو اختلطت زوجته بأجنبية، حرمتا عليه في حال الاشتباه، حتى يستبين الزوجة من الأجنبية.

وأما التزام النفقة، فلأن المحرمة منهما محتبسة على ماله العائد إليه عن زوجته، تقدمت عليه، فجرى مجرى المشرك إذا أسلم عن عشر زوجات، كان عليه التزام نفقاتهن حتى يختار منهن أربعاً يحبس على اختياره.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أخذه بالبيان، لم تخل المبينة من أن يكون: طلاقها معيناً، أو مبهماً مرسلاً.

فإن كان معيناً، لم يخل حال بيانه من أحد أمرين: إما أن يكون بالقول، أو بالوطء. فإن بين بالقول صح، وهو في بيانه بين أمرين: إما أن يبين المطلقة منهما، فتبين بها زوجته الأخرى، كقوله وهما حفصة وعمرة: المطلقة هي حفصة، فيعلم أن عمرة زوجته، أو يبين الزوجة منهما، فيعلم أن الأخرى هي مطلقة، كقوله: عمرة هي الزوجة، فيعلم أن عمرة هي المطلقة.

ولكن لو كن ثلاثاً، كان أنجز البيانين بيان المطلقة، فيقول: حفصة هي المطلقة، فيعلم ببيان طلاقها أن من سواها من الأخرتين زوجتان. ولو قال: حفصة زوجة، احتاج إلى بيان ثان في الأخرتين، إما بأن يبين المطلقة منهما فتكون الأخرى زوجة، وإما أن يبين الزوجة منهما فتكون الأخرى مطلقة، فهذا حكم بيانه بالقول.

فأما بيانه بالوطء، وهو: أن يطأ إحداهما، فلا يكون وطئه بياناً لزوجته الموطوءة، وتعيين الطلاق في الأخرى.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥.

فإن قيل: فهلا كان الوطء بياناً كما لو قال: باع أمته بشرط الخيار، ثم وطئها البائع في زمان خياره، كان وطؤه بياناً لفسخ البيع، لأنه لا يطأ إلا في ملك، فكذلك لا يطأ إلا زوجة.

قيل: الفرق بينهما: أن الطلاق لا يقع إلا بالقول دون الفعل، فلم يصح منه بيانه، والملك يصح ويثبت بالقول والفعل، فصح فسخه في البيع بالقول والفعل.

فإذا ثبت أنه لا يكون بالوطء مبيناً عن الطلاق، سئل عن بيان المطلقة قولاً: فإن بين المطلقة عن الموطوءة صار واطئاً لزوجته، وكان الطلاق واقعاً من وقت اللفظ دون البيان. وإن بين أن المطلقة هي الموطوءة، صار واطئاً لأجنبية، وكان عليه الحد إن علم دونها، لأنها لم تعلم وعدتها من وقت اللفظ دون البيان. وسواء كان الوطء في زمان العدة أو بعد انقضائها، إذا كان الطلاق ثلاثاً، ولا عدة عليها من الوطء إن حدَّ، لأنه زنا، واعتدت منه إن لم يحد، لأنه شبه.

فصل: وإن كان الطلاق مبهماً، لم يعتبر في واحدة منهما، وأرسل نيتهما، كان مخيراً في إيقاعه على أيتهما شاء، وأخذ بتعيـينه فإن عينه بالقول، صح. فإن عينه بالوطء، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأكثر أصحابنا، والظاهر من مذهب الشافعي: إنه يصح تعيـينه، كما يصح به فسخ المبيعة، ويكون الفرق بين الطلاق المعين، حيث لم يكن الوطء فيه بياناً، وبيان الطلاق المبهم حيث صار الوطء فيه بياناً: إن الطلاق المعين لا خيار في تعـيينه، فلم يكن اختياره للوطء تعيـيناً. والطلاق المبهم له الخيار في تعيـينه، فجاز أن يكون اختياره للوطء تعيـيناً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، والظاهر من مذهب الشافعي: إنه لا يصح تعيـينه بالوطء، وإن صح بالوطء فسخ البيع لما ذكرنا من الفرق بينهما. فإذا جعلنا الوطء تعيـيناً للطلاق، كانت الموطوءة زوجة، وصار الطلاق واقعاً على غير الموطوءة. وإذا لم يجعل الوطء تعيـيناً للطلاق، أخذ بتعيـينه قولاً واحداً، وهل يلزم تعيـينه في غير الموطوءة أن يكون على خياره في تعيـينه في أيتهما المطلقة؟ على وجهين:

أحدهما: يلزم تعيـينه بالقول في غير الموطوءة، ليكون الوطء لزوجته.

والوجه الثاني: أن يكون على خياره في تعيـينه في أيتهما شاء، كما لو كان مخيراً لو

لم يطأ. فعلى هذا، إن عينه في غير الموطوءة تعين فيها، وكانت الموطوءة، زوجته، وإن عينه في الموطوءة تعين فيها، وهل يكون الطلاق واقعاً بهذا التعيين، أو يكون واقعاً باللفظ المقدم؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن الطلاق يقع في التعيين، وتكون المعينة قبل التعيين وبعد التلفظ بالطلاق زوجته.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن الطلاق يقع باللفظ المتقدم، وأن الوطء صادفها وهي غير زوجة، غير أنه لا حد عليه بحال، لأنها كانت جارية في حكم الزوجات لتخييره تعيين الطلاق في غيرها.

فعلى هذا، إن قيل: إن الطلاق يقع بالتعيين المتأخر، فالعدة من وقت التعيين، وإن قيل: إن الطلاق يقع باللفظ المتقدم، ففي العدة وجهان:

أحدهما: أنها من وقت الطلاق المتقدم، لا من العدة بتعقب الطلاق.

والوجه الثاني: أن العدة من وقت التعيين المتأخر، وإن تقدم الطلاق اعتباراً بالتغليظ في الأمرين.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَخْطَأْتُ، بَلْ هِيَ هَذِهِ، طُلِّقَتَا مَعاً بِإِقْرَارِهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل طلق إحدى زوجتيه وأخذ ببيان المطلقة منهما، فقال: هي هذه، لا بل هذه. فلا يخلو حال الموقع بينهما من: أن يكون معيناً، أو مبهماً.

فإن كان معيناً فقال: هذه لا بل هذه، طلقتا معاً، لأن البيان لا يقع به الطلاق، وإنما هو إقرار بوقوعه باللفظ المتقدم. فإذا قال: بل هذه، صار مقراً بطلاقها. فإذا قال: لا بل هذه، صار مقراً بطلاق الأخرى راجعاً عن طلاق الأولى، فقبل إقراره بالثانية، ولم يقبل رجوعه عن الأولى، كمن قال: عليّ لزيد ألف درهم، لا بل هي على عمرو، كان مقراً لكل واحد منهما بألف، لأن رجوعه عن زيد إلى عمرو يجعله مقراً لزيد وعمرو.

وإن كان الطلاق مبهماً، ففيه وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥.

أحدهما: أنهما تطلقان معاً كالطلاق المعين، وهذا على الوجه الذي تقول: إن البيان في المبهم يوجب وقوع الطلاق باللفظ دون التعيين.

والوجه الثاني: أنه يطلق الأولى دون الثانية. وهذا على الوجه الذي يقول فيه: إن البيان في المبهم يوجب وقوع الطلاق بالتعيين، ويكون الفرق على هذا بين المعين والمبهم: أن البيان في المعين إقرار، فجاز أن يكون الثاني إقراراً كالأول، والثاني في المبهم طلاق، ولم يكن الثاني طلاقاً بخلاف الأول، لأنه إشارة، والطلاق لا يقع بمجرد الإشارة.

فصل: وإذا كان ثلاث زوجات، وطلق واحدة منهن طلاقاً معيناً، وأخذ ببيانها، فقال: هي هذه، بل هذه، بل هذه، طلقن كلهن لما ذكرنا من أنه صار مقراً بطلاقهن كلهن. فلو قال: هي هذه، أو هذه، أو هذه، لم يكن فيه بيان لطلاق واحدة منهن، لأنه لم يرد بياناً على ما علمناه، فلو قال: هي هذه وهذه وهذه، طلقن كلهن.

ولو قال: هي هذه، أو هذه، أو هذه، طلقت الأولى وأخذ ببيان إحدى الأخرتين، فيصير مطلقاً لاثنتين، ثم قياس هذا في الأربع إذا طلق واحدة منهن. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ مَاتَتَا أَوْ إِحْدَاهُما قَبْلَ أَنْ يُبَيِّنَ، وَقَفْنا لَهُ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مِيراثَ زَوْجٍ. وَإِذَا قَالَ لإِحْدَاهُما: هذِهِ الَّتِي طَلَّقْتُ، رَدَدْنا عَلَى أَهْلِها ما وَقَفْنَا لَهُ، وَأَحْلَفْنَاهُ لِوَرَثَةِ الأُخْرَى)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا طلق إحدى زوجتيه ثم لم يبين حتى ماتت إحدى الزوجتين، عزل من تركتها ميراث زوج لجواز أن تكون هي الزوجة، والأصل ثبوت الزوجية، وأخذ ببيان المطلقة منهما بعد الموت، كما يؤخذ ببيانها قبله، سواء كان الطلاق معيناً أو مبهماً. لأن الطلاق واقع في الإبهام لوقوعه في التعيين، وإنما يكون في المعين مخبراً.

فإن قال: المطلقة هي الميتة، والباقية هي الزوجة، فقد انتفت التهمة عنه في الميراث، فرد على ورثته، وتكون الباقية زوجة. فإن أكذب في هذا البيان، فلا يمين عليه لورثة الميتة إن كانت مدخولاً بها، لأنهم لا يستحقون بهذا التكذيب شيئاً.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥.

فأما الزوجة الباقية إذا أكذبته، وقالت: أنا المطلقة، فإن كان الطلاق معيناً فلها إحلافه. وإن كان الطلاق مبهماً، فليس لها إحلافه، لأنه في المعين مخبر، فجاز أن يحلف على تكذيبه في خبره، وفي المبهم مخير، فلم يجز أن يحلف على خياره.

فأما إن كانت الميتة غير مدخول بها، فهو وإن أسقط ميراثه منها، فقد رام بما أقر به من الطلاق إسقاط نصف مهرها، فننظر: فإن كان نصف الصداق مثل الميراث، أو أقل، فلا يمين عليه. وإن كان نصف الصداق أكثر، كان لورثتها إحلافه إن كان الطلاق معيناً، ولم يكن لهم إحلافه إن كان مبهماً.

فلو ماتت الزوجتان قبل بيانه، عزل له من تركة كل واحدة منهما ميراث زوج، لجواز أن تكون هي الزوجة، وأخذ بالبيان. فإذا بين طلاق إحداهما، رد ما عزل من ميراثه منها على ورثتها، ولم يستحق ميراث الأخرى، لأنها زوجة. فإن أكذبه الفريقان، كان لورثة الزوجة منهما إحلافه، إن كان الطلاق معيناً، ولم يكن لهم إحلافه إن كان مبهماً.

ولم يكن لورثه المطلقة منهما إحلافه إن كانت مدخولاً بها، ولا إن كانت غير مدخول بها، وكان نصف الصداق أقل من الميراث أو مثله.

وإن كان أكثر منه فلهم إحلافه، إن كان الطلاق معيناً، وليس لهم إحلافه إن كان مبهماً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ هُوَ المَيِّتَ، وَقَفْنَا لَهُمَا مِيرَاثَ امْرَأَةٍ حَتَّى يَصْطَلِحَا)[1].

قال الماوردي: وصورتها: فيمن طلق إحدى زوجتيه ثم مات قبل بيان المطلقة منهما، وجب أن يعزل من تركته ميراث زوجة من ربع أو ثمن، وهل يقوم ورثته مقامه في بيان المطلقة منهما؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنهم يقومون مقامه في البيان، سواء كان الطلاق معيناً أو مبهماً، لأنهم لما قاموا مقامه في استحقاق النسب والإقرار به، قاموا مقامه في تعيين الطلاق.

والوجه الثاني: أنهم لا يقومون مقامه فيه، ولا يرجع في بيانه إليهم، سواء كان

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥.

الطلاق معيناً أو مبهماً. لأن في بيانهم إسقاط وارث مشارك، والوارث لا يملك إسقاط من شاركه في الميراث.

والوجه الثالث: أنهم يقومون مقامه في الطلاق المعين، لأنهم مخبرون، وقد يجوز أن يخبروا عنه، ولا يقومون مقامه في الطلاق المبهم، لأنه يرجع فيه إلى خيار من يملك الطلاق، وهم لا يملكونه.

فإذا قلنا: إنه يرجع إلى بيانهم، قاموا فيه مقام بيان الزوج. وكان الخصم في الميراث هو وارث الزوج، فإذا بين وأكذب في البيان، لم يحلف للمقر بزواجها، وحلف للمقر بطلاقها إن كان معيناً، ولم يحلف إن كان مبهماً.

وإذا قلنا: إنه لا يرجع إلى بيان الوارث، لم يكن الوارث خصماً لهما، ووقف الميراث بين الزوجتين حتى يتحالفا عليه، فتأخذه الحالفة منهما دون النكالة. أو يصطلحان عليه، فيقتسمانه عن تراض منهما به، وإلا فهو باق على الوقف بينهما حتى يكون منهما أحد هذين.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ مَاتَتْ وَاحِدَةٌ قَبْلَهُ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَهَا، فَقَالَ وَارِثُهُ طَلَّقَ، الأُولَى وَرِثَتْ الأُخْرَى بِلَا يَمِينٍ، وَإِنْ قَالَ: طَلَّقَ الحَيَّةَ فَفِيهَا، قَوْلَانِ أَحَدُهُما: أَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ المَيِّتِ، فَيَحْلِفُ أَنَّ الْحَيَّةَ هِيَ الَّتِي طَلَّقَ ثَلَاثاً، وَيَأْخُذ مِيرَاثَهُ مِنَ الْمَيِّتَةِ قَبْلَهُ، وَقَدْ يَعْلَمُ ذَلِكَ بِخَبَرِهِ أَوْ بِخَبَرِ غَيْرِهِ مِمَّنْ يُصَدِّقُهُ. وَالْقَوْلُ الثَّانِي: إِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ زَوْجٍ مِنَ الْمَيِّتَةِ قَبْلَهُ، وَلِلْحَيَّةِ مِيرَاثُ امْرَأَةٍ مِنْهُ حَتَّى يَصْطَلِحَا)[1].

قال الماوردي: وصورتها: فيمن طلق إحدى زوجتيه، ثم ماتت إحداهما، ومات الزوج بعدها قبل البيان، فالواجب: أن يعزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون الباقية هي الزوجة، ويعزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز أن تكون الباقية هي الزوجة، ثم ينظر ما يقوله وارث الزوج.

فإن قال ما يضره في الأمرين: بأن المتوفاة قبله مطلقة، فلا ميراث لنا منها، والباقية بعده زوجة، فلها الميراث معنا. فقد بين ما يضره، فقوله مقبول فيه، لأن ما يدعي عليه من

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥.

ميراث الباقية قد صدق عليه، وما يجوز أن يطالب به من ميراث الميتة قد أسقطه، فلم يعترض عليه.

وإن بين ما ينفعه في الأمرين فقال: الميتة هي الزوجة، فلنا الميراث من تركتها، والباقية هي المطلقة فلا ميراث لها معنا، فإن صدق على ذلك زال النزاع وحمل الأمر على ما قال، فأعطي ميراث الميتة، ومنع من ميراث الحية. وإن أكذب عليه وقال وارث الميتة: هي المطلقة، فلا ميراث لكم منها. وقالت الباقية: أنا الزوجة فلي الميراث معكم، ففيه قولان، نص عليهما الشافعي هاهنا، وتلك الأوجه الثلاثة بناء عليها، ومخرجة منها.

أحد القولين: إنه يرجع إلى بيان الوارث، فيحلف لورثة الميتة على العلم، لأنها يمين على نفي طلاق غيره، فيقول: والله لا أعلم أنه طلقها، ويستحق من تركتها ميراث زوج، ويحلف للباقية على البت والقطع، لأنها يمين على إثبات طلاقها فيقول: والله لقد طلقها ويسقط ميراثها من الزوج.

والقول الثاني: إنه لا يرجع إلى بيان الوارث لما ذكرنا من التعليل، ويكون ما عزل من ميراث الميتة موقوفاً حتى يصطلح عليه وارثها، ووارث الزوج. وما عزل من ميراث الزوج موقوفاً حتى تصطلح عليه الزوجة الباقية ووارث الزوج، والله أعلم بالصواب.

بَـابُ مَا يهْدِمُ الرَّجُلُ مِنَ الطَّلَاقِ مِنْ كتَابَيْنِ

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَمَّا كَانَتِ الطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ تُوجِبُ التَّحْرِيمَ، كَانَتْ إِصَابَةُ زَوْجٍ غَيْرِهِ تُوجِبُ التَّحْلِيلَ، وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ فِي الطَّلْقَةِ وَلَا فِي الطَّلْقَتَيْنِ مَا يُوجِبُ التَّحْرِيمَ، لَمْ يَكُنْ لِإِصَابَةِ زَوْجٍ غَيْرِهِ مَعْنًى يُوجِبُ التَّحْلِيلَ، فَنِكَاحُهُ وَتَرْكُهُ سَوَاءٌ. وَرَجَعَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ إِلَى هَذَا، وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِعُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وجملة ذلك، أن الفرقة الواقعة بالطلاق تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: وهو أخفها. ما يستبيحه المطلق بالرجعة من غير عقد، وهو ما دون الثلاث في المدخول بها، فيستبيحها الزوج بأن يراجعها في العدة.

والقسم الثاني وهو أغلظهما. أن لا يستبيحها المطلق إلا بعد زوج، وهو الطلاق الثلاث في المدخول بها وغير المدخول بها، فهي محرمة عليه بالثلاث، حتى تنكح زوجاً غيره.

والقسم الثالث: وهو أوسطها. أن يستبيحها بعد نكاح بعد طلاقه، ولا يستبيحها بالرجعة، ولا يفتقر إلى نكاح زوج، وهو ما دون الثلاث من طلقة أو طلقتين، إما في غير مدخول بها، وإما في مدخول بها بعد انقضاء عدتها، وإما في مختلعه.

فإن نكحها قبل زوج أو بعد زوج، لم يصبها حتى طلقها، فإذا تزوجها الأول كانت معه على ما بقي من الطلاق إجماعاً، وإن كان الأول واحدة بقيت معه على اثنتين، وإن كان اثنتان بقيت معه على واحدة.

وإن نكحت زوجاً وأصابها ثم طلقها، وعاد الأول بعد عدتها من الثاني وتزوجها، فقد اختلف الفقهاء فيه:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٥. وتتمة الفصل: «أن رجلاً سأله عمّن طلق امرأته اثنتين فانقضت عدّتها فتزوجت غيره فطلقها، أو مات عنها وتزوجها الأول قال عمر: هي عنده على ما بقي الطلاق.

فذهب الشافعي: إلى أن وجود الزوج الثاني كعدمه، وأنه لا يرفع ما تقدم من طلاق الأول. وإذا نكحها الأول بعده، كانت معه على ما بقي من الطلاق، فإن كان الطلاق واحدة بقيت معه على اثنتين، وإن كان اثنتان بقيت على واحدة، فإن طلقها في النكاح الثاني واحدة، حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره. وبه قال من الصحابة: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وأبو هريرة. ومن الفقهاء: مالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وزفر بن الهذيل، ومحمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة ويوسف: الزوج الثاني قد هدم طلاق الأول ورفعه، فإذا عادت إلى الأوّل كانت معه على ثلاث تطليقات، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[١]. فاقتضى ظاهر الآية جواز الرجعة إذا طلقها في النكاح الثاني، واحدة بعد اثنتين في النكاح الأول، وأنتم تمنعون منها وتحرمونها إلا بعد زوج.

قالوا: ولأنها إصابة زوج ثان، فوجب أن تهدم ما تقدم من طلاق الأول. أصله: إذا كان طلاق الأول ثلاثاً.

قال: ولأن إصابة الثاني لما قويت على هدم الطلاق الثلاث، كانت على هدم ما دونها أقوى، كمن قوي على حمل مائة رطل، كان على حمل رطل أقوى، وكالماء إذا رفع كثير النجاسة، كان برفع قليلها أولى، وكالغسل إذا رفع الجنابة، كان برفع الحدث أولى، وكالجنابة إذا نقضت طهر البدن، كانت بنقض طهارة بعضه أولى.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٢]. فكان طلاق من بقيت له من الثلاث طلقة يوجب تحريمها إلا بعد زوج، سواء نكحت قبل طلاقه زوجاً أم لا.

فإن قيل: فإن كان آخر الآية دليلاً لكم، كان أولها على ما مضى دليلاً لنا.

قيل: إذا اجتمع في الآية الواحدة ما يوجب الحظر والإباحة، كان تغليب ما يوجب الحظر على الإباحة أولى.

ومن القياس: أنها إصابة لم تكن شرطاً في الإباحة، فلم تهدم ما تقدم الطلاق،

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

كإصابة السيد، والإصابة بشبهة. ولأنه طلقها قبل استكمال عدد الطلاق، فوجب أن يبني على ما تقدم من الطلاق.

وأصله: إذا لم يدخل بها الثاني، ولأن الاستباحة الواقعة بعد الفرقة المستبيحة عن نكاح زوج، لا تردها إلى أول العدة كالرجعة، لأنها طلقة استكمل بها عدد الثلاث، فوجب تحريمها إلا بعد زوج.

أصله: إذا استكمل الثلاث في الابتداء، ولأن إصابة الزوج الثاني في الطلاق الثلاث لا يهدمه، وإنما يرفع تحريمه لأمرين:

أحدهما: أن الطلاق قد وقع، فلم يرتفع بعد وقوعه.

والثاني: أنه لو ارتفع لاستباحها بغير عقد، وإذا أثرت في رفع التحريم في الثلاث، وليس فيما دون الثلاث تحريم، لم يكن للإصابة فيها تأثير. ولأننا أجمعنا على أن النكاح الثاني يبنى على الأول في الإيلاء والظهار، قبل زوج وبعده، فكذلك في عدد الطلاق.

وأما الجواب عن الآية، فقد مضى.

وأما الجواب عن قياسهم على الثلاث، فهو: أنه لما كانت الإصابة شرطاً فيه كانت رافعة له، وليست شرطاً فيما دونها فلم يرفعه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما قوي على رفع الأكثر كان على رفع الأقل أقوى، فهو: أن الإصابة عندنا لا ترفع الثلاث على ما ذكرنا، وإنما ترفع تحريمها، وليس فيما دون الثلاث تحريم، على أن هذا الأصل غير مستمر على مذهب أبي حنيفة، لأنه قد يجعل الشيء مؤثراً في الأكثر، غير مؤثر في الأقل في مواضع شتى:

فمنها: أن العاقلة تتحمل جميع الدية، ولا تتحمل ما دون الموضحة.

ومنها: أنه لو قال لزوجته: أنت بائن ينوي بها الثلاث، كانت ثلاثاً، ولو نوى اثنتين كانت واحدة، فجعل النية مؤثرة في الثلاث، غير مؤثرة في الأقل.

ومنها: أن القهقهة في الصلاة تبطل الصلاة والطهارة، وفي غير الصلاة لا تبطل الطهارة، فجعلها مؤثرة في الأكثر غير مؤثرة في الأقل، ففسد به ما ذهب إليه. والله أعلم.

فصل: في فروع الطلاق: وإذا تزوج الرجل جارية أبيه تزويجاً صحيحاً، لأنه يخاف العنت، أو لأنه عبد، وإن لم يخف العنت، فقال لها: إن مات أبي فأنت طالق، فمات أبوه،

فإن لم يكن وارثاً لكونه عبداً، طلقت بموته لوجود الصفة. وإن كان وارثاً لكونه حراً، فلا يخلو أن يكون على أبيه دين يحيط بقيمتها أو لا؟.

فإن لم يكن على أبيه دين يحيط بقيمتها، ففي طلاقها وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: لا يطلق، لأنه إذا ورثها انفسخ نكاحها بالملك، وزمان الفسخ وزمان الطلاق سواء، فوقع الفسخ ولم يقع الطلاق، كقوله لها: إذا مت فأنت طالق، فمات لم تطلق.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفرايـيني: إنها تطلق ولا يقع الفسخ بالملك، لأن صفة الطلاق توجد عقيب الموت وهو زمان الملك الذي يتعقبه الفسخ، فصار الطلاق واقعاً في زمان الملك لا في زمان الفسخ، فلذلك وقع الطلاق، ولم يقع الفسخ.

وإن كان على أبيه دين يحيط بقيمة الجارية، فقد اختلف أصحابنا في التركة إذا أحاط بها الدين، هل تنتقل إلى ملك الورثة، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: إنها لا تنتقل إلى ملكهم، وتكون لأرباب الذين دونهم. فعلى هذا، تطلق لوجود شرط الطلاق، وعدم شرط الفسخ.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس وأكثر أصحابنا: إنها تنتقل إلى ملك الورثة وإن أحاط بها الدين. فعلى هذا، يكون طلاقها على ما مضى من الوجهين.

فلو كانت المسألة على حالها في تزويج الابن جارية الأب، فقال لها الأب: إذا مت فأنت حرة، وقال لها الابن: إذا مات أبي فأنت طالق، فمات الأب، نظر: فإن مات وقيمتها تخرج من ثلثه، عتقت على الأب، وطلقت على الابن؛ لأن عتق الأب لها يمنع من ملك الابن لها، ولذلك وقع العتق والطلاق معاً. وإن كان على الأب دين يحيط بها ويمنع من خروجها من ثلثه، لم تعتق عليه، لأن عتق المريض إذا لم يخرج من الثلث مردود، فطلاقها على الابن معتبر باختلاف أصحابنا: هل يملكها الابن إذا أحاط بها دين الأب؟.

فعلى قول أبي سعيد الإصطخري: لا يملكها الآن، فعلى هذا تطلق. وعلى قول الجماعة: قد ملكها الابن. فعلى هذا، في طلاقها عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس: لا تطلق.

والثاني: وهو قول أبي حامد الإسفرايـيني: تطلق.

فصل: آخر في الشرط والجزاء. وإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فهو طلاق معلق بشرط لا يقع إلا بوجود، والشرط دخول الدار، والجزاء وقوع الطلاق، فمتى دخلت الدار طلقت، ولا تطلق إن لم تدخل.

فلو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فظاهره الشرط والجزاء، وإن أسقط فاء الجزاء فلا تطلق إلا بدخول الدار، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فلو قال: أردت به الطلاق في الحال، فقولي: أنت طالق، حمل على إرادته لأنه أضرَّ به، ويحلف في الحال، ولم يطلق بدخول الدار.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، احتمل ثلاثة معان:

أحدها: أن يريد بذلك الشرط ويضمر الجزاء في نفسه، فكأنه أراد إن دخلت الدار وأنت طالق، فعبدي حر، أو فحفصة طالق فيحمل على ما أراد، لأن الكلام يحتمله، فلا تطلق هي بدخول الدار، فإن أكذبته الزوجة أحلف لها.

المعنى الثاني: أن يريد الشرط والجزاء، فيكون كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فيكون على ما أراد شرطاً وجزاء، وتقوم الواو مقام الفاء، فإذا دخلت الدار طلقت، فإن أكذبته الزوجة وذكرت أنه أراد بهما جميعاً الشرط لم يحلف لها، فإن ذكرت أنه أراد الطلاق المعجل أحلف لها.

والمعنى الثالث: أن يريد إيقاع الطلاق في الحال فتطلق، ويكون ذكر الدار صلة لا شرطاً. فإن أكذبته الزوجة، لم يحلف لها، فإن قال ذلك ولم يكن له إرادة، كان الظاهر منه حمله على الشرط والجزاء، لأن الكلام إذا أمكن أن يكون مستقلاً بنفسه، لم يجعل مبتوراً، والواو قد تقوم مقام الفاء، لأنها من الحروف التي ينوب بعضها مناب بعض.

ولو قال: وإن دخلت الدار فأنت طالق، احتمل معنيـين:

أحدهما: أن يكون عطفاً على كلام تقدم، كأنه قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، وإن دخلت الدار فأنت طالق، فيكون شرطاً وجزاء. فمتى دخلت الدار طلقت، ولا تطلق قبل دخولها.

والمعنى الثاني: أن يريد به إيقاع الطلاق في الحال، فتطلق، ويكون معناه: أنت طالق وإن دخلت الدار.

ولو قال: أنت طالق إن كلمت زيداً وعمراً، وبكراً مع خالد. فإن أراد بقوله: وبكراً مع خالد، استئناف كلام كان شرط الطلاق كلام زيد وعمرو، دون بكر وخالد، فإذا كلمت زيداً وعمراً، معاً أو على انفراد طلقت، وإن كلمت أحدهما دون الآخر لم تطلق.

وإن أراد بقوله: بكراً مع خالد، الشرط، صار شرط الطلاق مقيداً بكلام زيد وعمرو، وبكر مع خالد، فإن كلمتهم إلا واحداً منهم لم تطلق، لأن الشرط لم يكمل. وإن كلمتهم جميعاً وأفردت كلام بكر عن خالد، لم تطلق، لأنه جعل شرط الطلاق اجتماعهم في الكلام. وإن جمعت بين بكر وخالد في الكلام، وفرقت بين زيد وعمرو في الكلام، طلقت، لأنه جعل الجمع بين بكر وخالد شرطاً، ولم يجعل الجمع بين زيد وعمرو شرطاً.

وإن قال ذلك ولا إرادة له، حمل ذكر بكر وخالد على الاستئناف دون الشرط، لأن اختلافهما في حكم الإعراب يخالف بينهما في حكم الشرط.

ولو قال: إن كلمت زيداً أو عمراً أو بكراً فأنت طالق، فإن كلمت أحدهم طلقت واحدة، وإن كلمتهم جميعاً قال ابن سريج: تطلق ثلاثاً، لأن كلام كل واحد شرط يتعلق به الجزاء إذا انفرد، فوجب أن يتعلق به الجزاء إذا اجتمع.

والذي أراه: أنها لا تطلق إلا واحدة، لأن الجزاء واحد علق بأحد ثلاثة شروط، فوجب أن لا يتعلق بهما إذا اجتمعت الأجزاء واحدة. ولكن لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، وإن كلمت عمراً فأنت طالق، فكلمت جميعاً، طلقت ثلاثاً، لأنها ثلاثة شروط علق بكل شرط منهما جزاء مفرد.

ولو قال وله زوجتان: وإن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقتان، فإن دخلت كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين طلقتا، وإن دخلت إحداهما إحدى الدارين ودخلت الأخرى الدار الأخرى، ففيه وجهان:

أحدهما: طلقتا، لأن دخول الدارين موجود منهما فصار الشرط بدخولهما موجوداً.

والوجه الثاني: وهو الأصح، لا تطلقا حتى تدخل كل واحدة منهما، كل واحدة من الدارين، لأنه لو أفرد طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين لم تطلق إلا بدخولهما معاً، فكذلك إذا جمع بينهما لم تطلق كل واحدة منهما إلا بدخول الدارين معاً. وهكذا لو قال: إن ركبتما هاتين الدابتين فأنتما طالقتان، فركبت كل واحدة منهما كل واحدة من الدابتين،

أو قال: إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقتان، فأكلت كل واحدة منهما أحد الرغيفين، كان طلاقهما على هذين الوجهين.

فصل آخر: فلو قال لزوجته: إن لم أطلقك اليوم، فأنت طالق اليوم. فمضى اليوم قبل أن تطلق، لم تطلق قاله أبو العباس بن سريج، تعليلاً بأن مضي اليوم شرط في وقوع الطلاق في اليوم، فليس يوجد شرط الطلاق إلا وقد انقضى محل الطلاق، فلم يقع.

وقال أبو حامد الإسفرايني: يقع الطلاق، لأن شرط الطلاق فواته في اليوم، وإذا بقي من آخره ما يضيق عن لفظ الطلاق فقد وجد الشرط، وذلك الزمان لا يضيق عن وقوع الطلاق. وإن ضاق عن لفظه، فوجب أن يقع.

وهذا فاسد، وقول أبي العباس أولى، لأن وقوع الطلاق إذا لم يكن إلا بلفظ الطلاق، وزمان لفظه وزمان وقوعه مثلان، فإذا ضاق عن أحدهما ضاق عن الآخر.

ولكن لو قال: إن لم أبع عبدي اليوم فأنت طالق اليوم، فلم يبعه حتى مضى اليوم، طلقت، وصح فيه تعليل أبي حامد. لأن زمان البيع أوسع من زمان الطلاق، لأنه يفتقر إلى بذل البائع وقبول من المشتري، فإذا ضاق عن اللفظين في البيع وجد الشرط، وهو لا يضيق عن الطلاق الذي يقع بأحد اللفظين، فلذلك وقع.

ولو قال: إن لم أبع عبدي اليوم فأنت طالق اليوم، فأعتقه، طلقت لفوات بيعه بالعتق، وفي زمان طلاقها وجهان:

أحدهما: عقيب عتقه.

والثاني: في آخر اليوم إذا ضاق عن وقت البيع، لو كان بيعه ممكناً.

ولكن لو دبر عبده لم تطلق إلا بفوات بيعه، لأن بيع المدبر جائز وكذلك لو كاتبه، لأنه قد يجوز أن يفسخ المكاتب كتابته، فيجوز بيعه.

قال أبو العباس بن سريج: ولو قال لها: أنت طالق يوم لا أطلقك، فإذا مضى يوم لم يطلقها فيه طلقت بالحنث. ولو قال: أنت طالق يوم لا أدخل دار زيد، طلقت إذا مضى عليه وقت يمكنه أن يدخل فيه دار زيد، من ليل أو نهار، ولم يراع فيه مضي اليوم، قال: لأن

الناس يريدون بمثل هذا الوقت دون اليوم المقدر، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفاً لِقِتَالٍ﴾[1]. يريد به: الوقت، ولا يريد به نهار اليوم.

وهذا التعليل إن صح في قوله: لا أدخل دار زيد فأنت طالق، صح في قوله: يوم لا أطلقك فأنت طالق، وليس الفرق بينهما معنى يصح. فإن جعل ذكر اليوم في دخول الدار عبارة عن الوقت، جعل في وقوع الطلاق عبارة عن الوقت، وإن لم يجعل في أحدهما لم يجعل في الآخر. ولكن لو قال: ليلة لا أدخل فيها دار زيد فأنت طالق، لم تطلق إلا بمضي الليلة، لا بدخول داره فيها.

والفرق بين الليلة واليوم: أن العرف مستعمل بأن الوقت قد يعبر عنه باليوم، ولا يعبر عنه بالليلة، ولو قال: أنت طالق إلى حين أو إلى زمان، طلقت إذا سكت، لأنه حينٌ وزمان ووقت.

فصل: وإذا قال: أنت طالق اليوم غداً، فله أربعة أحوال:

أحدها: أن يريد أنها تطلق اليوم واحدة وهي لاحقة بها في غد، فتطلق في يومه واحدة لا غير وهي لاحقة بها في غد.

والثانية: أن يريد أنها تطلق في يومه واحدة وفي غده أخرى، فتطلق اثنتين: واحدة في اليوم، وأخرى في غد.

والثالثة: أن يريد تبعيض الطلاق، الطلقة في اليوم وفي غد، فينظر: إن أراد تبعيض طلقتين، كأنه أراد بعض طلقة في يومه، وبعض أخرى في غده، طلقت طلقتين في يومه وغده تكميلاً للبعض الواقع فيه.

وإن أراد تبعيض طلقة واحدة، فتقع اليوم طلقة تكميلاً للطلقة الواقعة فيه، فهل يطلق في غده أم لا؟ على وجهين ذكرهما ابن سريج:

أحدهما: لا تطلق، لأن البعض الذي أوقعه في غده، قد تعجّل في يومه.

والوجه الثاني: تطلق، لأن البعض الذي في يوم يكمل بالشرع، لا بتقديم ما أخره، فوجب أن يكون البعض الذي في غده واقعاً بالإرادة تكملاً بالشرع.

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٦.

والرابعة: أن لا يكون له إرادة فتطلق في يومه واحدة، ولا تطلق في غده حملاً على الحال الأولى، لأنها محتملة، والأصل أن لا تطلق.

ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، فجاء غد لم تطلق في اليوم، ولا في غد؛ لأن وقوع طلاقها في اليوم تقديم للطلاق قبل وجود الشرط، وذلك لا يجوز، ووقوعه في الغد إيقاع له في غير محله، وذلك لا يصح. فإن أراد بقوله: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، كقوله: إذا قدم زيد فأنت طالق قبله بيوم.

فصل: وإذا قال: أنت طالق بمكة أو في مكة، فإن أراد كونها بمكة دونه، روعي ذلك وطلقت إن حصلت بمكة، ولم تطلق إن لم تحصل بها، سواء كان الزوج بمكة أو لم يكن. وإن أراد كونه بمكة دونها، روعي ذلك. فإذا حصل الزوج بمكة طلقت، وإن لم يحصل بها لم تطلق، سواء كانت بمكة أو لم تكن. وإن لم تكن له إرادة، روعي حصولها بمكة دونه، لأنه هو الأظهر من الكلام. فإذا حصلت بمكة طلقت، سواء كان الزوج بها أو لم يكن.

وقال البويطي: تطلق إذا لم تكن له إرادة، وإن لم يكن واحد منهما بمكة، لأن المطلقة بغير مكة تكون مطلقة بمكة. وهذا القول فيه تنفصل فائدة التخصيص، ويعبر بقوله: أنت طالق في غد، فإنها لا تطلق قبل مجيء غد، وإن كانت المطلقة في اليوم مطلقة في غد.

فصل: وإذا قال: أنت طالق مريضة أو مصلية، نظر: فإن قال: مريضةً أو مصليةً بالنصب، كان المرض والصلاة شرطاً في وقوع الطلاق، فلا تطلق قبله. وإن قال: مريضةٌ أو مصليةٌ بالرفع كان جزاء، فتطلق في الحال وإن لم تكن مريضة ولا مصلية. فإن أدغم اللفظ وألغى الإعراب، فلم يبين فيه نصب الشرط، ولا رفع الخبر، سئل عن مراده: فإن أراد أحد الأمرين حمل عليه، وإن لم تكن له إرادة حمل على الخبر دون الشرط، وكان الطلاق واقعاً، لأن الشرط لا يثبت إلا بالقصد. فإن أعرب ولم يكن من أهل الإعراب ولا عرف معنى المعرب، بالنصب ولا بالرفع، ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون كالعارف بالإعراب، والقاصد له، اعتباراً له بحكم اللفظ.

والثاني: أنه يلغى حكم الإعراب، ويوقع به الطلاق اعتباراً بالقصد في لفظ الطلاق.

فصل: وإذا قال لها: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، وقالت له: إن بدأتك بالكلام فعبدي حر، إنحلت يمين الزوج لأنه قد بدأ بالكلام، فبطل أن يكون مبتدئاً لها بالكلام،

وكانت يمينها بالعتق باقية. فإن بدأها الزوج بالكلام انحلت يمينها، وإن بدأته بالكلام حنثت بالعتق.

ولو قال لها: إن كلمتني فأنت طالق، وقالت له: إن كلمتني فعبدي حر، طلقت، لأنها قد كلمته ولم يعتق عبدها إن كلمها.

فصل: وإذا قال لها: إن أمرتك بأمر فخالفتيني فأنت طالق، لا تكلمي أباك ولا أخاك، فكلمتهما، لم تطلق لأنها خالفت نهيه ولم تخالف أمره. ولو قال لها: إن نهيتني عن منفعة أنوي فأنت طالق، وكان لها في يده مال أراد أن يدفعه إليها لينفعهما، فقالت: لا تعطهما من مالي شيئاً، لم تطلق لأنه لا يصح أن ينفعهما بمالها، إذ ليس يجوز لهما الانتفاع به، فلم يكن ذلك نهياً عن منفعتهما.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إن ضربت زيداً، فضربه ميتاً، لم تطلق لأنه قد سقط حكم ضربه بالموت، كما سقط حكم كلامه بالموت. ولو ضربه بعد جنونه أو إغمائه أو سكره، طلقت سواء أحس بالضرب أو لم يحس، لأن حكم الضرب لا يسقط بالجنون والإغماء والسكر. ولو ضربه على ثوبه فأحس بالضرب من تحت الثوب، طلقت سواء آلمه أو لم يؤلمه، وإن لم يحس به من تحت الثياب لكثرتها وكثافتها، لم تطلق، لأنه ضرب حائل دونه، فصار كما لو ضرب حائطاً هو من ورائه.

فصل: ولو قال: أنت طالق إن كنت أملك أكثر من مائة درهم، فهذه اليمين تقتضي نفي الزيادة على المائة، وتقتضي إثبات المائة أو لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا تقتضيه، لاختصاصها بنفي الزيادة.

والثاني: تقتضيه لتتميمها للمائة.

فعلى هذا، إن كان مالكاً لمائة درهم لا يزيد عليها ولا ينقص منها برَّ، ولم تطلق. وإن ملك أكثر من مائة درهم ولو بقيراط، طلقت. وإن ملك أقل من مائة درهم ولو بقيراط، ففي طلاقها وجهان:

أحدهما: تطلق.

والثاني: لا تطلق.

فصل: ولو قال: أي نسائي بشرتني بقدوم زيد فهي طالق، فبشرته إحداهن بقدومه،

فإن كانت صادقة في البشرى طلقت، وإن كانت كاذبة لم تطلق، لأن حقيقة البشرى ما تم السرور بها، والبشرى الكاذبة لا يتم السرور بها. فلم تكن بشرى.

لو بشرته ثانية بعد الأولى، فإن كانت الأولى صادقة طلقت الأولى دون الثانية، وإن كانت الأولى كاذبة والثانية صادقة، طلقت الثانية دون الأولى، ولو بشرتاه معاً في حال واحدة وهما صادقتان، طلقتا.

ولو قال: أيتكن أخبرتني بقدوم زيد فهي طالق، فأخبرته إحداهن بقدومه، طلقت صادقة كانت أو كاذبة.

والفرق بين الخبر والبشرى: أن البشرى ما سَّرت، وهي لا تسرُّ إلا أن تكون صدقاً، والخبر ذكر الشيء، وقد ذكرته وإن لم يكن صدقاً، هكذا ذكر ابن سريج.

وفيه عندي نظر، والتسوية بينهما في اعتبار الصدق أصح. فإن أخبرته ثانية بقدوم زيد، طلقت أيضاً. وكذلك لو أخبرته جميعاً بقدومه، طلقن كلهن، بخلاف البشارة، لأن البشرى تكون بالأسبق، والخبر يصح من الجميع.

فصل: ولو قال لها: أنت طالق إن كلمت زيداً حتى يقدم عمرو، فإن جعل الغاية في قدوم عمرو حداً للشرط، صح. فإن كلمته قبل قدوم عمرو، طلقت لوجود الشرط، وإن كلمته بعد قدوم عمرو، لم تطلق لخروج الشرط عن حده. وإن جعل الغاية في قدوم عمرو حداً للطلاق، لم يصح، لأن وقوع الطلاق يمنع من تحديده إلى غاية. فإذا كلمته قبل قدوم عمرو، أو بعده، طلقت على الأبد.

فصل: وإذا قال لها: يا زانية أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله، كان الاستثناء راجعاً إلى قوله: أنت طالق ثلاثاً، فلا تطلق، ولا يرجع قوله يا زانية، ويكون قاذفاً، لأنه اسم مشتق من فعل لا يصح دخول الاستثناء فيه. ألا ترى أنه يصح أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله، ولا يصح أن يقول يا زانية إن شاء الله؟.

وهكذا لو قلب الكلام فقال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله، رجع الاستثناء إلى الطلاق، وإن تقدم فلا تطلق، ولا يرجع إلى القذف، وإن تأخر، يكون قاذفاً.

وقال محمد بن الحسن: يرجع الاستثناء إليهما، فلا يكون مطلقاً ولا قاذفاً، لأنه لا يصح رجوعه إلى الأبعد دون الأقرب.

وهذا فاسد بما ذكرنا من التعليل، بأن الأسماء المشتقة من الأفعال والصفات لا يصح دخول الاستثناء فيها. فعلى هذا، لو قال: أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله، رجع الاستثناء إلى قوله: أنت طالق ثلاثاً، فلم تطلق به، ولم يرجع إلى قوله: يا طالق، لأنه اسم مشتق من صفة وطلقت به، وعلى قول محمد بن الحسن: رجع إليهما، فلا تطلق.

فصل: ولو كانت زوجته مع أجنبية، فقال: إحداكما طالق، فإن أراد طلاق زوجته طلقت، وإن أراد الأجنبية قبل منه ظاهراً وباطناً، ولم تطلق زوجته، نص عليه الشافعي في الإملاء. ولو كان اسم زوجته زينب، وفي البلد جماعة زيانب يشاركنها في الاسم، فقال: زينب طالق وقال: أردت غير زوجتي من الزيانب.

قال ابن سريج: لم يقبل منه، وطلقت عليه زوجته في الظاهر، وكان مديناً في الباطن.

والفرق بينهما: أن التسمية أقوى حكماً من الكناية، فاختص الاسم لقوته بالزوجة دون الأجنبية، ولم تختص الكناية لضعفها بالزوجة دون الأجنبية.

ولو قال: وزوجته ابنة زيد ولزيد بنت أخرى، فقال: بنت زيد طالق، وقال: أردت أختها دونها، فهذا وإن كان تعريفاً ولم يكن اسماً، فهو بالاسم أشبه منه بالكناية، فلا تقبل منه، ويلزمه الطلاق في الظاهر، ويدين في الباطن.

فصل: وإذا رأى امرأة فظنها زوجته عمرة، فقال لها: أنت طالق ثلاثاً، وأشار لم يلزمه الطلاق، لأن زوجته لم يسمها، ولا أشار بالطلاق إليها، والطلاق لا يقع إلا بالتسمية أو بالإشارة. ولو سمى فقال: يا عمرة، وأشار إلى الأجنبية أنت طالق، ولم يعلم أنها أجنبية، طلقت زوجته عمرة في الظاهر لأجل التسمية، وكان في الباطن مديناً لأجل الإشارة.

فصل: ولو كان له زوجتان حفصة وعمرة، فنادى حفصة، فأجابته عمرة، فقال لها: أنت طالق، فله في ذلك خمسة أحوال:

أحدها: أن تعلم حين نادى حفصة أن التي أجابته عمرة، ويريد بالطلاق حفصة دون عمرة، فتطلق حفصة في الظاهر والباطن، لتسميتها وإرادته، وتطلق عمرة في الظاهر دون الباطن لإشارته.

والحال الثانية: أن يعلم حين نادى حفصة أن التي أجابته عمرة، ويريد عمرة بالطلاق

دون حفصة، فتطلق عمرة في الظاهر والباطن لإشارته مع إرادته، وتطلق حفصة في الظاهر دون الباطن لتسميته.

والحال الثالثة: أن لا يعلم حين نادى حفصة أن التي أجابته عمرة، ويريده بالطلاق حفصة دون عمرة المشار إليه، طلق حفصة ظاهراً وباطناً لتسميتها وإرادته، ولا تطلق عمرة لأن الإشارة إذا تجردت عن معرفة المشار إليه وعن إرادته كانت التسمية مع الإرادة أقوى منها، وسقط بالتسمية والإرادة حكمها.

والحال الرابعة: أن لا يعلم حين نادى حفصة أن التي أجابته عمرة، ويريد بالطلاق التي أشار إليها يظنها حفصة، طلقت كل واحدة منهما في الظاهر دون الباطن. أما حفصة، فطلقت في الظاهر للتسمية مع ظنه أن المشار إليها وهي حفصة، ولم تطلق في الباطن لإرادته عمرة بالإشارة. وأما عمرة، فطلقت بإشارته وإرادته، ولم تطلق في الباطن لندائه حفصة وظنه أنها حفصة.

والحال الخامسة: أن لا ينادي حفصة ويشير بالطلاق إلى عمرة يريدها بالطلاق، ويظنها حفصة. طلقت عمرة ظاهراً وباطناً، لأنه قد أرسل عن تسمية غيرها، فلذلك وقع طلاقها ظاهراً وباطناً. ولم تطلق حفصة في الظاهر ولا في الباطن، لأنها غير مسماة ولا مشار إليها، والظن إذا تجرد عن تسمية وإشارة لم يتعلق به حكم.

فصل: ولو قال وله زوجتان حفصة وعمرة: يا حفصة، إن دخلت الدار فأنت طالق، لا بل عمرة، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يريد لا بل عمرة طالق بدخول حفصة، فإذا دخلت حفصة الدار، طلقت حفصة وعمرة، كما لو قال: حفصة طالق لا بل عمرة، طلقتا معاً.

والحال الثانية: أن يريد لا بل إن دخلت عمرة الدار، فهي طالق، فتطلق حفصة وحدها بدخولها الدار وتطلق عمرة أيضاً بدخول الدار.

والحال الثالثة: أن لا تكون له إرادة، ففيه وجهان:

أحدهما: أن إطلاق ذلك يقتضي حمله على الحال الأولى، فيكون دخول حفصة الدار موقعاً لطلاقها وطلاق عمرة.

والثاني: أن يقتضي حمله على الحال الثانية، فيكون دخول كل واحدة منهما موقعاً لطلاقها، ولا تطلق عمرة بدخول حفصة.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق، وأراد أن يقول ثلاثاً، فأمسك على فمه ومنعه أن يقول ثلاثاً، نظر: فإن أراد الثلاث بقوله: أنت طالق، فمنع من إظهار الثلاث، طلقت ثلاثاً. لأنه لو أرادها باللفظ وقعت، وإن لم يظهرها. وإن لم يرد الثلاث بقوله: أنت طالق، ثم أراد أن يتلفظ بالثلاث فمنع منها، طلقت واحدة باللفظ، ولم تطلق ثلاثاً. لأنه منع منها مع إرادة التلفظ بها، فصار كما لو أراد الطلاق فمنع أن يتلفظ به، لم يقع.

وهكذا لو قال: أنت طالق وأراد أن يقول ثلاثاً، فماتت قبل قوله ثلاثاً، كان على ما ذكرنا: من أنه إن أراد الثلاث باللفظ الأول، فماتت قبل التصريح به طلقت ثلاثاً، وإن لم يرد الثلاث باللفظ الأول وأراد أن يصرح بها، لم تطلق ثلاثاً.

فصل: ولو قال: أنت طالق ما لم تحبلي، أو ما لم تحيضي، طلقت إذا لم تحبل في الحال أو تحيض. فإن كانت حبلى أو حائضاً، طلقت، لأنه على حبل وحيض مستقبل. فلو لم يعلم حبلها وضعت ولداً لأقل من ستة أشهر، طلقت، لأنه لم يكن لحبل مبتدأ. وإن وضعت لستة أشهر فصاعداً، نظر: فإن كان حين خاطبها بذلك غير مباشر لها طلقت، لأنه لم يكن من حبل اقترن بلفظ، لأنه من أحداث مباشرة بعد اللفظ. وإن كان حين خاطبها بذلك مباشراً لها، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: يقع، لأن وقوع الطلاق عموم إلا بشرط مشكوك فيه.

والوجه الثاني: أن الطلاق لا يقع، لأنه معلق بشرط مشكوك فيه.

فصل: ولو قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، ثم قال: قد عجلتها، أنت طالق تلك الطلقة الساعة. فإن أراد أن تلك الطلقة تتعجل قبل وقتها، لم تتعجل ولم تطلق إلا بمجيء الشهر، ولا تطلق في الحال، لأن تغيير الشروط بعد عقدها لا يجوز.

وإن أراد به تعجيل طلاقها في الحال بدلاً من الطلاق المؤجل، بدأ من الشهر طلقت في الحال الطلقة المعجلة، ولم تكن بدلاً من الطلقة المؤجلة. فإذا جاء رأس الشهر طلقت بالشرط أخرى، لأن إبطال ما قيد بالشرط لا يجوز. ألا تراه لو قال: إذا كلمت زيداً فأنت طالق فأنت طالق، ثم قال: قد أبطلت هذا الشرط، لم يبطل، وطلقت في كلمته.

فلو قال: إذا كلمت زيداً فأنت طالق، ثم قال: قد أبطلت هذا الشرط لم يبطل، وطلقت في كلمته، فلو قال: إذا كلمت زيداً فأنت طالق، ثم قال: لا بل إذا كلمت عمراً

فأنت طالق، طلقت بكلام زيد واحدة، وطلقت بكلام عمرو ثانية، لأنه راجع عن الشرط الأول إلى الثاني، فلزمه الثاني والأول، ولم يصح رجوعه عن الأول.

فصل: وقد تحمل الأيمان بالطلاق على العرف، كما تحمل عليه الأيمان بالله تعالى.

فإذا حلف الرجل على غريمه بالطلاق ليجرنَّه على الشوك، فإذا مطله مطلاً بعد مطل، بر في يمينه اعتباراً بالعرف، ولو حلف على زوجته بالطلاق ليضربنها حتى تموت، فضربها ضرباً مؤلماً وجيعاً، بر في يمينه اعتباراً بالعرف، إذا أطلق اليمين ولم يرد حقيقة اللفظ. فإن أراده، حمل عليه وهكذا نظير ذلك وأشباهه.

فصل: وإذا قال لها: أنت طالق إن كلمتك، وأنت طالق إن دخلت الدار، طلقت باليمين الأولى لأنه قد صار مكلماً لها باليمين الثانية. وسواء جاء باليمين الثانية متصلة باليمين الأولى، أو منفصلة عنها، لأنها ليست منها. وهكذا لو قال لها: أنت طالق إن كلمتك، ثم أعادها وقال: أنت طالق إن كلمتك طلقت لأنه قد صار مُكَلماً لها بإعادتها. ولكن لو قال لها: أنت طالق إن كلمتك، فاعلمي ذلك، فإن قال: فاعلمي ذلك منفصلاً عن يمينه، حنث، لأنه قد صار مكلماً لها. وإن قاله متصلاً، ففي حنثه به وجهان:

أحدهما: يحنث، لأنه كلام لها بعد يمينه.

والوجه الثاني: لا يحنث، لأنه من حالات يمينه.

فصل: وإن قال لها وهو يأكل ما يأتي عليه الإحصاء والعدد مثل التين والرطب، وما يلقى نواه في نهر أو نار: أنت طالق إن لم تخبرني بعدد ما أكلت، فمخرجه من الحنث أن تبتدىء بالعدد الذي يتحقق أنه لم يأكل أقل منه، وتنتهي إلى العدد الذي تعلم أنه لم يأكل أكثر منه، فيبر حينئذٍ في يمينه، لأنها قد اجتهدت في جملة الأعداد التي ذكرتها بعدد ما أكله، وإن لم يتعين لها.

مثاله: أن يعلم أنه لم يأكل أقل من عشرة، ولم يزد ما أكله على المائة، فتبتدىء بالعشرة وتنتهي إلى المائة، فيتعين أن عدد المأكول فيها بين الطرفين.

ولو قال لها وقد أكلت معه رطباً أو نبقاً، واختلط نوى ما أكلاه: أنت طالق إن لم تميزي نوى ما أكلته من نوى ما أكلتيه، فمخرجه من يمينه أن يفرق بين كل نواة وبين الأخرى لتكون بعيدة منها، فيبر ولا يحنث.

فصل: وإذا كان في وسط درجة فصعد إليه رجل، فحلف بالطلاق أن لا يصعد معه، ونزل إليه آخر فحلف بالطلاق أن لا ينزل معه، فصعد مع الذي حلف أن لا ينزل معه، ونزل مع الذي حلف أن لا يصعد معه، لم يحنث.

ولو حلف وهو في وسط درجة أن لا يصعد منها، وأن لا ينزل عنها، ولا يقعد عليها، فحمله حامل فصعد به، أو نزل به، لم يحنث.

فصل: وإذا اتهم زوجته بسرقة، وقال لها: أنت طالق إن لم تصدقيني، هل سرقت أم لا؟ فمخرجه يقيناً من يمينه أن تقول له: سرقت، وتقول له: ما سرقت، فيتقين أنها قد صدقته في أحد القولين، فيبر ولا يحنث.

فصل: وإذا كان واقفاً في الماء فحلف بالطلاق أن لا يقيم فيه ولا يخرج منه، فإن كان الماء جارياً لم يحنث بمقامه ولا بخروجه منه، لأن الماء الذي كان فيه بجريانه قد مضى فسقط حكمه. وإن كان راكداً فأقام فيه، إلى موضع آخر حنث، لأن جميعه ماء واحد، وليس كالجاري.

فصل: وإذا حلف بالله تعالى أو بالطلاق على شيء يحتمل أمرين، تعين أحدهما بالنية، فإن لم يختلف في حظره وإباحته، فالنية فيه نية الحالف دون المستحلف. وإن اختلف في حظره وإباحته. فإن النية فيه نية الحالف، كان الحالف مظلوماً والمستحلف ظالماً. كالحالف إذا كان شافعياً فحلف أن لا شفعة عليه للجار، أو كان حنفياً فحلف أن لا ثمن عليه للمدبر، فالنية في اليمين نية الحالف دون الحاكم المستحلف.

وإن كان الحالف ظالماً كالشافعي إذا حلف لا ثمن عليه للمدبر، والحنفي إذا حلف أن لا شفعه عليه للجار، كانت النيّة نية الحاكم المستحلف دون الحالف، فكأنها لا تكون على نية المستحلف إلا في هذا الموضع وحده، فأما إذا تفرد الحالف باليمين، فهي محمولة على نيته إذا كان ما نواه فيها محتملاً.

وإن حلف على شيء ماض أنه ما فعله، وقد فعله، ونوى في يمينه أنه ما فعله بالصين أو على ظهر الكعبة، أو حلف على شيء مستقبل أنه يفعله، ولم يفعله، ونوى في يمينه أنه يفعله في الصين أو على ظهر الكعبة، حمل على نيته ولم يحنث.

ولو حلف فقال: كل نسائي طوالق، ونوى نساء قرابته، لم تطلق نساؤه. وإذا قال

لزوجته: إن تزوجت عليك فأنت طالق، ونوى أن يتزوج على بطنها، حمل على ما نوى، ولم يحنث إن تزوج عليها غيرها.

ولو قيل له: طلقت زوجتك؟ فقال: نعم؟ وأراد نعم بني فلان كان على ما نوى في الباطن، وإن كان مؤاخذاً بإقراره في الظاهر. وإذا حلف ما كاتبت فلاناً أو لا كلمته ولا رأيته ولا عرفته ولا أعلمته، ونوى بالمكاتبة عقد الكاتبة وبقوله: ما رأيته أي: ما ضربت رؤيته، وبقوله: ما كلمته، أي ما صرخته وبقوله: ما عرفته، أي: ما جعلته عريفاً، وبقوله: ما أعلمته، أي: ما قطعت شفته العليا، حمل ذلك على ما نوى.

وهكذا لو حلف فقال: ما أخوف لك جملاً، ولا بقرة، ولا ثوراً، ولا عنزاً، ونوى بالجمل السحاب، وبالبقرة العيال، وبالثور القطعة من الأقط، وبالعنز الأكمة السوداء، حمل على ما نوى ولم يحنث. وهكذا لو قال: ما شربت لك ماء ونوى المني، حمل عليه، وصح ما نواه. وكذلك جميع الأشباه المشتركة، فيجوز له أن يؤدي عن الظاهر، ولا يحرم عليه ذلك إذا لم يقصد به التوصل إلى محظور.

قال الله تعالى في قصة إبراهيم: ﴿أَأَنْتَ فَعَلْتَ هَذَا بِآلِهَتِنَا يَا إِبْرَاهِيمُ قَالَ بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ﴾[1].

قيل: إنه نوى إن كانوا ينطقون، فقد فعله كبيرهم هذا.

وروي أن سويد بن حنظلة أخبر رسول الله ﷺ: أنه حلف بالله أن وائل بن حجر أخوه ليخلصه من العدو، فقال له النبيّ ﷺ: «صَدَقْتَ الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ». وبالله التوفيق.

---

(١) سورة الأنبياء، الآيتان: ٦٢ و ٦٣.

كتابُ الرَّجْعَة(١)

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي المُطَلَّقَاتِ ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ فَدَلَّ سِيَاقُ الْكَلَامين عَلَى افْتِرَاقِ الْبُلُوغَيْنِ، فَأَحَدُهُمَا: مُقَارَبَةُ بُلُوغِ الأَجَلِ فَلَهُ إِمْسَاكُهَا أَوْ تَرْكُهَا، فَتُسَرَّحُ بِالطَّلَاقِ الْمُتَقَدِّمِ، وَالْعَرَبُ تَقُولُ: إِذَا قَارَبْتَ الْبَلَدَ تُرِيدُهُ قَدْ بَلَغْتُ، كَمَا تَقُولُ: إِذَا بَلَغْتُهُ، وَالْبُلُوغُ الآخَرُ انْقِضَاءُ الأَجَلِ»(٢).

قال الماوردي: والأصْل في إبَاحة الرجْعَةِ بعد الطَّلاقِ قولُ الله تَعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾(٣).

وسبب نُزُولها ما رواه هشام بن عروة عن أبيه قال: كَانَ الرَّجلُ يُطَلِّقَ ما شاء، ثم يراجع امرأته قبيل أن تنقضي عدتها، فغضب رجلٌ من الأنصار على امرأته، فقال لها: لا أقربك ولا تختلين مني، قالت له: كيف؟ قال: أطلّقك، فإذا دنا أجلك راجعتك، ثم أطلقك، فإذا دنا أجلك راجعتك، قال: فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى: ﴿الطَّلاق مرتان﴾(٤) الآية، فجعل الله تعالى الطلاق مقدراً بالثلاث(٥).

روى إسماعيل بن سميع، عن أبي رزين قال: جاء رجل إلى النبيّ ﷺ فقال: الطلاق مرتان فأين الثلاثة؟ قال: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾(٦). فجعل الله تعالى الطلاق الذي يملك فيه الرجعة مرتين بقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾(٧). يعني: الرجعة قبل انقضاء العدة.

---

(١) في المختصر: «مختصر من الرجعة من الجامع من كتاب الرجعة من الطلاق ومن أحكام القرآن ومن كتاب العدد ومن القديم».

(٢) مختصر المزني: ص١٩٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٥) سبق تخريجه في أول الطلاق.

(٦) سبق تخريجه في أول الطلاق.

(٧) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

﴿أو تسريح بإحسان﴾[١] فيه تأويلان:

أحدهما: أنها الطلقة الثانية، وهو قول: عطاء، ومجاهد.

والثاني: أنه الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها وهو قول السدي، والضحاك.

والإحسان هو: تأدية حقها وكف أذآها.

وقال تعالى: ﴿فإذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فبلغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٢]. يعني ببلوغ الأجل: مقاربته كما يقول العرب: بلغت بلد كذا، إذا قاربته.

ومعنى قوله: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾[٣] فهو المراجعة في الأولى والثانية قبل انقضاء العدة، أو يسرحهُنَّ بمعروف هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي.

وقال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[٤]. يعني: برجعتهن في ذلك، يعني: في الطلاق إذا كان دون الثلاث.

﴿إن أرادوا إصلاحاً﴾[٥] يعني: إن أراد البعولةُ إصلاحاً، ما تشعث من النكاح بالطلاق، بما جعل لهم من الرجعة في العدة.

وحكي عن عطاء بن أبي رَبَاح: أنَّه أراد الصَّلاح في الدِّين والتَّقْوى، وأنَّ الرَّجعة لا يصح إلا لمن أراد بها صلاح دينه وتقوى ربه، وهو قول تفرد به عن الجماعة.

فدلّت الآية الأولى على إباحة الرجعة بعد الثانية، وإبطالها بعد الثالثة، ودلّت الآية الثانية على إباحة الرجعة في العدة، وإبطالها بعد العدة.

ودلّت الآية الثالثة على أن الرجعة رافعة لتحريم الطلاق. فكان في كل واحدة من الآي الثلاث دليل على حكم لم يكن في غيرها.

وقال تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٦]. إلى قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾[٧]. يعني: رجعة، فدلّت هذه الآية على إباحة الرجعة واختيار الطلاق الرجعي احترازاً من الندم في الثلاث، وأن وقوعه في أقراء العدة أفضل.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣١.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣١.
(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.
(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.
(٦) سورة الطلاق، الآية: ١.
(٧) سورة الطلاق، الآية: ١.

ويدل على إباحة الرجعة من السنّة: ما رواه أبو عمران الجوني، عن قيس بن زيد، أن رسول الله ﷺ طلق حفصة بنت عمر تطليقة، فأتاها خالاها قدامة وعثمان بن مظعون، فبكت وقالت: أما والله ما طلّقني عن شَبع فجاء النبيّ ﷺ فدخل عليها فتجلببت. فقال: «إن جبريلَ عليه السلامُ أتَانِيَ فقالَ لي: راجِعْ حفصة، فإنها صَوَّامَةٌ قوامة، وإنها زَوْجَتُكَ في الجَنّة»[١].

وروى إسحاق بن يوسف، عن أبي حنيفة، عن الهيثم بن عدي: أن النبيّ ﷺ قال لسودة: «اعتدي» فجعلها تطليقة، فجلست في طريقه فقالت: «إني أسألُك باللّه لما رجعتني واجعلْ نصيبيْ منكَ لكَ تجعلُهُ لأيِّ أزواجِكَ شِئْتَ، إنما أريدُ أن أُحْشرَ وأزواجك يومَ القيامةِ فراجَعَها»[٢].

وروي: أن ابن عمر طلق امرأته حائضاً فقال النبيّ ﷺ لعمر: «مُرْهُ فليُراجِعْها حتى تحيضَ ثم تطهرَ ثم إن شاء طلّق بعدُ، وإن شاءَ أمسكَ، فتلك العدّةُ التي أمرَ الله أن يطلّقَ لها النساء»[٣].

وروي: «أن ركانة بن عبد يزيد طلق زوجته ألْبتَّة، فأحلفه النبيّ ﷺ أنه أراد واحدة، ثم ردّهَا عليه بالرجعة»[٤].

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من جواز الرجعة بعد الطلاق، فهي استباحة البضع بعد تحريمه بالطلاق بغير عقد نكاح على ما سنصفه من حلالها وجوازها معاً معتبر بأربعة شروط:

أحدها: أن يكون الطلاق دون الثلاث، فإن كان ثلاثاً حرمتْ عليه حتى تنكح زوجاً غيره، وسواء جمع بين الثلاث أو فرقها، قبل الدخول كانت أو بعده. قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٥].

والشرط الثاني: أن يكون الطلاق بعد الدخول، فإن كان قبله فلا رجعة، لأنه لا عدة على غير المدخول بها، والرجعة تملك في العدة.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) حديث ابن عمر: سبق تخريجه.
(٤) حديث ركانة: سبق تخريجه.
(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

قال الله تعالى: ﴿..ثم طلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أن تمسُّوهُنَّ فما لَكُمْ عليهنَّ من عدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾[١].

والشرط الثالث: أن يكون الطلاق بغير عوض، فإن كان خلعاً بعوض فلا رجعة فيه، لما ذكرناه في كتاب الخلع.

والشرط الرابع: أن تكون باقية في عدتها، فإن انقضت العدة فلا رجعة.

قال الله تعالى: ﴿فإذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فأَمْسِكُوهُنَّ بمَعْرُوفٍ﴾[٢]. والمراد به: مقاربة الأجل، لأن حقيقة الأجل وإن كان لانقضاء المدة كما قال: ﴿فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[٣]. يريد به: انقضاء عدتهن. فقد يجوز أن يراد به مجازاً أن يقارب انقضاء العدة، كالذي قاله هاهنا، وهو معنى قول الشافعي، فدلّ سياق الكلامين على افتراق البلوغين.

فإن قيل: فلم خص الرجعة بمقاربة الأجل وعند انقضاء العدة، وهي تجوز في أول العدة، كما تجوز في آخرها. وهي في أولها أولى؟.

قيل عنه جوابان:

أحدهما: التنبيه على أنها إذا جازت في آخر العدة كانت بالجواز في أولها أولى.

والثاني: ليدلّ على صحة الرجعة في حال الإضرار بها. وهو أن تنتظر بها آخر العدة، ثم يراجعها، ثم يطلقها بعد الرجعة، فلا تكون هذه الرجعة من الإمساك بالمعروف. وقد قال تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا﴾[٤]. ثم قد صحت الرجعة في هذه الحال مع قصد الإضرار، فكان صحبتها بالمعروف إذا لم يقصد الإضرار، أولى.

فإذا صحت بهذه الشروط الأربعة، فهي جائزة وليست بواجبة، وأوجبها ملكاً في طلاق البدعة، وقد مضى الكلام معه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلِلْعَبْدِ مِنَ الرَّجْعَةِ بَعْدَ الْوَاحِدَةِ مَا لِلْحُرِّ بَعْدَ الثِّنْتَيْنِ، كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ أَوْ أَمَةٌ)[٥].

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٤٦.
(٢) سورة الطلاق، الآية: ٢.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.
(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٣١.
(٥) مختصر المزني: ص ١٩٦.

قال الماوردي: وأصل هذا، أن الزوج يملك الرجعة ما لم يستوفِ عدد الطلاق الذي قد ملكه بعقد النكاح، والحر يملك ثلاث تطليقات فيراجع بعد الأولى والثانية، ولا يراجع بعد الثالثة. والعبد يملك طلقتين فيراجع بعد الأولى، ولا يراجع بعد الثانية، لأن العبد يستوفي بالثانية عدد طلاقه، كما يستوفيه الحر بعد الثالثة.

وإذا افترقا حكم الحر والعبد فيما وصفنا من عدد الطلاق واستحقاق الرجعة فيه، فهو معتبر بحاله لا بحال الزوجة، فيتملك الحر ثلاثاً سواء كان تحته حرة أو أمة، ويملك العبد طلقتين سواء كان تحته حرة أو أمة، فيكون اعتباره بالرجال دون النساء، وبه قال: عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وزيد بن ثابت، وعائشة، وعبد الله بن عمرو، وعبدالله بن عباس، ومالك بن أنس.

وقال أبو حنيفة وصاحباه والثوري: الطلاق معتبر بالنساء دون الرجال، فالحرة تملك زوجها ثلاث تطليقات، حراً كان أو عبداً. والأمة تملك زوجها طلقتين، حراً كان زوجها أو عبداً، وحكوه عن عليّ بن أبي طالب عليه السلام استدلالاً بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[١]. والمراد به: الحرة لقوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ عَلَيْهِمَا مِمَّا افْتَدَتْ بِهِ﴾[٢].

وذلك في الحرة لأنها هي التي تفتدي نفسها بما شاءت، وقد جعل طلاقها ثلاثة، ولم تفرّق بين أن يكون زوجها حراً أو عبداً، فكان على عمومه فيهما.

وبرواية ابن جريج، عن مظاهر بن أسلم، عن القاسم بن محمد، عن عائشة، عن النبيّ ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان»[٣] فجعل طلاقها معتبراً بها كالعدة. ولأنه عدد محصور متعلق بالنكاح، فوجب أن يكون معتبراً للنساء كالعدة، لأنه عددٌ محصورٌ يختلف بالحرية والرق، فوجب أن يكون كماله ونقصانه معتبراً بالموقع عليه كالحدود.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٣) حديث عائشة: أخرجه البيهقي ٧/٤٢٦ وقال: هذا حديث تفرّد به مظاهر بن أسلم وهو رجل مجهول يعرف بهذا الحديث، والصحيح عن القاسم بن محمد.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1]. والمُرَادُ بِهِ: الحر لقوله من بعد: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾[2]. وذلك خطاب للحر، ولم يفرق بين أن تكون تحته حرة أو أمة قد خالعت بإذن سيدها، فكان على عمومه منهما.

ويدل عليه من المعنى وهو علة أبي حامد، أنه ذو عدد محصور للزوج إزالة ملكه عنه بعوض، فوجب أن يعتبر كماله ونقصانه بالزوج.

أصله: عدد المنكوحات، فإن الحر ينكح أربعاً، والعبد اثنتين.

وقوله: ذو عدد محصور، احترازاً من القسم، فإنه يعتبر بالزوجة دون الزوج، لأنه غير محظور.

وقوله للزوج: إزالة ملكه بغير عوض، احترازاً من حد القذف فإنه معتبر بالمقذوفة.

وتحرير هذه العلة بأصح من هذه العبارة، أن ما ملكه الزوج بنكاحه إذا اختلف عدده بعد حصره كان معتبراً بالزوج دون الزوجة.

أصله: عدد المنكوحات.

وعلة أخرى: أنه نقص يؤثر في منع الطلاق، فوجب أن يكون معتبراً بالزوج، كالجنون والصغر.

وعلة ثالثة: أن ما اختص بأحد الزوجين إذا اختلف بالحرية والرق، كان معتبراً بمن يباشره كالعدة.

وأما الجواب عن الآية، فهو ما قدمناه من الاستدلال بها.

وأما الجواب عن الخبر، فهو محمول على الزوج إذا كان عبداً، لأنه هو زوجها على الإطلاق، والحر إنما ينكحها لضرورة وشرط.

وأما الجواب عن قياسهم على العدة، فهو: ما جعلناها به أصلاً في وجوب اختصاصها بالمباشر لها.

وأما الجواب عن قياسهم على الحدود، فهو: أنها تجب عقوبة، فاختصت بالفاعل لسببها، والطلاق ملك، فاعتبر به حال مالكه كسائر الأملاك.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

فصل: فإذا تقرر أن عدد الطلاق معتبر بالزوج دون الزوجة، فإن الحر يملك ثلاث طلقات في الحرة والأمة، وأن العبد يملك طلقتين في الحرة والأمة. فالحر يملك رجعتين، لأنه يملكها بعد طلقتين. والعبد يملك رجعة واحدة، لأنه يملكها بعد طلقة واحدة، وله أن يراجع بغير إذن السيد، وإن لم يكن له أن ينكح إلاّ بإذن السيد، لأنها إصلاح ثان في العقد، ورفع تحريم طرأ عليه.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْقَوْلُ فِيمَا يُمْكِنُ فِيهِ انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ قَوْلُهَا)**[(١)].

قال الماوردي: وإنما كان كذلك، لأن الله تعالى جعلهن في ذلك أمناء، حظر عليهن كتمه، وقرنه بوعيده قال تعالى: ﴿ولا يحلُّ لهُنَّ أنْ يكتُمْنَ ما خَلَقَ اللَّهُ في أرْحَامِهِنَّ﴾[(٢)]. قيل: من الحيض، والحمل، فدلّ على قبول قولهن فيه، كما قال في الشهادة: ﴿ومَنْ يكتُمْها فإنَّهُ إثمٌ عليه﴾[(٣)]. فدلّ على أن قول الشهود مقبول.

وكما قال النبيّ ﷺ في المفتي: «مَنْ كتمَ عِلْماً يُحْسِنُه أَلْجَمَهُ اللَّهُ يومَ القيامةِ بلجَامٍ من نارٍ»[(٤)].

فإذا ثبت هذا، فلا يخلو حال المعتدة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تعتد بالأقراء.

والثاني: بوضع الحمل.

والثالث: بالشهود.

فإن اعتدت بالأقراء، فأقلّ ما يمكن فيه انقضاء عدتها بثلاثة أقراء، اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان.

وذلك بأن تطلق في آخر طهرها وقد بقي منه لحظة، فتكون تلك اللحظة قرءاً معتبراً

---

(١) مختصر المزني: ص١٩٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٤) حديث أبي هريرة: أخرجه أبو داود في العلم (٣٦٥٨) والترمذي (٢٦٤٩) وابن ماجة (٢٦١) وأحمد ٢/ ٤٩٥ وصححه الحاكم ١/ ١٠١ والبغوي (١٤٠) وأخرجه الحاكم ١/ ١٠٢ من حديث عبد الله بن عمرو.

به. ثم تحيض أقل الحيض يوم وليلة، ثم تطهر أقل الطهر خمسة عشر يوماً، وقد حصل بها قرءاً ثالثاً. فإذا طعنت في أول الحيضة الثالثة بدخول لحظة منها، فقد انقضت عدتها، فإذا جمع بين الطهرين وهما ثلاثون يوماً وبين الحيضتين وهما يومان وثلثان، وبين اللحظتين الأولى والثانية، صار جميع ذلك اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين. غير أن اللحظة الأولى من جملة العدة، واللحظة الأخيرة ليست من جملة العدة، وإنما يعلم بها انقضاء العدة، فصارت واجبة في العدة، وإن لم تكن منها، فهذا أقل زمان يمكن أن تنقضي فيه ثلاثة أقراء.

وقال أبو حنيفة: لا يقبل منها أقل من ستين يوماً اعتباراً بأكمل الحيض، وهو عنده عشرة، وأقل الطهر وهو خمسة عشر يوماً، وأن الأقراء عنده الحيض، فتمضي عشرة أيام حيضاً، ثم خمسون يوماً حيضتان وطهران.

وقال زفر بن الهذيل: أقله أربعة وسبعون يوماً، لأنه اعتبر في أوله طهراً كاملاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقبل قولها في سبعة وثلاثين يوماً اعتباراً بأقل الحيض، وهو عندهم ثلاثة أيام، وبأقل الطهر وهو خمسة عشر يوماً. وهذا الخلاف مبني على أصلين مضى الكلام في أحدهما، ويأتي الكلام في الآخر.

وإذا كان كذلك، لم يخلُ حالها إذا ادّعت انقضاء عدتها بالأقراء: من أن تذكر عادتها في الحيض والطهر، أو لا تذكر.

فإن ذكرت عادتها فيهما، وأن حيضها عشرة أيام، وطهرها عشرين يوماً، سئلت عن طلاقها: هل هو صادف حيضها أو طهرها؟ فإن ذكرت مصادفته لأحدهما، سئلت عنه: هل كان في أوله أو آخره؟ فإذا ذكرت أحدهما عمل عليه، وتظهر ما يوجبه حساب العادتين في ثلاثة أقراء، ما ذكر له من حيض في أوله وآخره، أو طهر في أوله أو آخره. فإن وافق ما ذكرته من انقضاء العدة بما أوجبه الحساب من عادتي الحيض والطهر، كان ما ذكرته مقبولاً بغير يمين، إلا أن يكذبها الزوج في قدر عادتها في الحيض والطهر، فتدعي أكثر مما ذكرته فيهما أو في أحدهما، فيكون له إحلافها. لأن قولها، وإن كان مقبولاً فيهما، فلسنا على قطع بصحته. وما قاله الزوج من الزيادة فيهما ممكنة، فلذلك كان له إحلافها.

وإن لم يوافق ما ذكرته من انقضاء العدة ما أوجبه حساب العادتين، لم يقبل قولها في انقضاء العدة، لأن إقرارها بالعادة قد أكذب دعواها في انقضاء العدة. وإن لم تذكر عادتها

في الحيض والطهر، سئلت عن طلاقها: هل كان في الحيض أو الطهر؟ فإن قالت: كان في الطهر، انقضت عدتها من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين، إن كانت حرة على ما بيناه. وإن كانت أمة، انقضت عدتها بستة عشر يوماً ولحظتين، لأن عدتها قرءان، فكأنها طلقت في آخر طهرها وقد بقي منه لحظة، فتكون باقية قرءاً ثالثاً، فإذا دخلت في أول جزء من حيضها انقضت عدتها. إلا أن هذه اللحظة الأخيرة ليست من العدة، وإنما يعلم بها انقضاء العدة.

وإن قالت وهي حرة: كان طلاقي في الحيض، فأقل ما ينقضي به عدتها حرة سبعة وأربعون يوماً ولحظتان، كأنها طلقت في آخر حيضتها ثم طهرت خمسة عشر يوماً، ثم حاضت يوماً وليلة، ثم طهرت خمسة عشر يوماً، ثم دخلت في أول جزء من حيضها، فيكون يومان بحيضتين وخمسة وأربعون يوماً لثلاثة أطهار ولحظتان، أوله: هي من العدة، وآخره: ليست من العدة.

وإن كانت أمة، فاثنان وثلاثون يوماً ولحظتان، وذلك حيضتان وطهرت.

وإن لم تذكر الحرة طلاقها، هل كان في الحيض أو في الطهر؟ جعل أمرها على أقل الحالين، وهو أن يكون في الطهر فتنقضي باثنين وثلاثين يوماً ولحظتين، وللزوج إحلافها إن أكذبها ولا رجعة له إن حلفت، فإن تكلمت ردت اليمين عليه وراجعها. وهذا القول مقبول منها إذا كانت ممن يجوز أن تحيض وتطهر، بكونها فوق التسع سنين ودون حد الإياس. فإن كانت صغيرة أو ميؤوسه لم يقبل قولها في ذلك.

فصل: وإن ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل بعد طلاقها، قبل قولها بشرطين:

أحدهما: أن تكون ممن يجوز أن تلد، وذلك بأن تتجاوز التسع سنين بمدة الحمل، وتقصر عن زمان الأياس.

والثاني: أن يمضي عليها بعد العقد مدة أقل الحمل، وذلك يختلف بحال ما وضعت. فإن كان سقطاً مصوراً لم يستكمل، فأقل مدته أن تتجاوز ثمانين يوماً لقول النبي ﷺ: **«يكونُ خلق أحدكم من بطن أمه نطفة أربعين يوماً، ثم علقة أربعين يوماً، ثم مضغة أربعين يوماً»**[1] ثم هو بانتقاله إلى المضغة يتصوَّرُ خلقه، وتنقضي به العدة، وتصير به الأمة أم ولد.

---

(١) سبق تخريجه.

وإن وضعته حياً كاملاً، فأقل مدته ستة أشهر، فيكون قولها مقبولاً في ولادته في انقضاء العدة، وغير مقبول في لحوقه بالزوج إلاّ بتصديق أو بينة. فإن أكذبها الزوج في ولادته، وقال: استعرتيه، أو اشتريتيه، أو التقطيه، وقالت: بل ولدته، انقضت به العدة بعد إحلافها عليه، لأن قولها مقبول في العدة، ولم يلحق بالزوج إلا ببينة، لأن قولها غير مقبول في لحوقه.

فإن كانت أمة فادعت ولادته من سيدها، لم يقبل قولها في كونها أم ولد، ولا في لحوقه بالسيد إلا ببينة تشهد لها.

والفرق بين ادعاء ولادته في انقضاء العدة فيقبل، وبين ادعاء ولادته في كونها أم ولد فلا يقبل: أن في كونها أم ولد إثباتاً للحكم بالحرية، ورفع الملك مستقر، وليس كذلك العدة.

والفرق بين أن يقبل قولها في العدة، ولا يقبل قولها في ثبوت النسب: أنها مؤتمنه في العدة، وغير مؤتمنه في لحوق النسب. فلو عَلَّق طلاقها بولادتها، فذكرت أنها ولدت، ففي قبول قولها في وقوع طلاقها به وجهان:

أحدهما: يقبل، كما يقبل في حيضها.

والثاني: لا يقبل، لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة، ولا يمكنها إقامة البينة على الحيض، فصار قولها في الولادة مقبولاً في انقضاء العدة، وغير مقبول في لحوق النسب. وفي كونها أم ولد، وفي قبوله في وقوع طلاقها به، وجهان.

فصل: وإذا كانت من ذوات الشهور لصغر أو إياس، فعدتها ثلاثة أشهر إن كانت حرة. فإن اتفقا في وقت الطلاق، فلا نزاع بينهما في انقضاء العدة. وإن اختلفا فيه، فادّعت الزوجة أنه طلقها في أول رمضان، وادعى الزوج أنه طلقها في أول شوال، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن الطلاق بيده، ولأنه على يقين من حدوثه، وله الرجعة عليها إذا حلف إلى انقضاء ثلاثة أشهر من شوال.

وإن كانت متوفى عنها زوجها، فاختلفت والورثة في وقت الوفاة، كان القول فيها قول الورثة مع أيمانهم؛ لأنها وقوع فرقة كالطلاق، والورثة يقومون فيها مقام الموروث.

فلو ادعت الزوجة تأخيرالطلاق في شوال، وادعى الزوج تقديمه في رمضان، فقد

ادعت ما هو أضرّ بها في تطويل العدة عليها، فيقبل قولها في بقاء العدة، وفي قبول قولها في استحقاق النفقة وجهان، ولا رجعة للزوج في المرة التي اختلفا فيها من العدة؛ لأنه أسقط حقه منها.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَهِيَ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ تَحْرِيمَ المَبْتُوتَةِ حَتَّى تُرَاجِعَ. وَطَلَّقَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ وَكَانَتْ طَرِيقُهُ إِلَى المَسْجِدِ عَلَى مَسْكَنِهَا، فَكَانَ يَسْلُكُ الطَّرِيقَ الأُخْرَى كَرَاهِيَةَ أَنْ يَسْتَأْذِنَ عَلَيْهَا حَتَّى رَاجَعَهَا. وَقَالَ عَطَاءٌ: لَا يَحِلُّ لَهُ مِنْهَا شَيْءٌ أَرَادَ ارْتِجَاعَهَا أَوْ لَمْ يَرِدْهُ، مَا لَمْ يُرَاجِعْهَا. وَقَالَ عَطَاءٌ وَعَبْدُ الكَرِيمِ: لَا يَرَاهَا فَضْلاً)**[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. المطلقة طلاقاً رَجعياً، وهو: أن يطلقها واحدة، أو اثنتين بغير عوض، وهو مدخول بها، محرمة عليه قبل الرجعة تحريم المبتوتة في الوطء والاستمتاع والنظر، وبه قال: ابن عباس، وعبد الله بن عمر، وهو مذهب: مالك، وعطاء، وأكثر الفقهاء.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يحل له وطئها والاستمتاع بها كالزوجة بل جعل وطأه لها رجعة.

والكلام في الرجعة بالوطء يأتي، وهو مقصور في هذا الموضع على التحريم.

واستدل بقول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾[2] فسماه بعلاً دلالة على بقاء الزوجية بينهما، وإباحة الاستمتاع، والتبعل.

قال: ولأنه طلاق لا يقع به البينونة، فوجب ألا يقع به التحريم، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق.

قال: وهذا القول أغلظ، لأنه ليس له إبطاله، وله إبطال الطلاق الرجعي.

قال: ولأنها مدة مضروبة للترخص. لا تمنع من اللعان، فوجب ألا تقتضي التحريم مدة العنة والإيلاء.

قال: ولأنه لفظ يتضمن إسقاط حقه، فإذا لم يزل به الملك، لم يقع به التحريم كالبيع بشرط الخيار. ولأن الطلاق الرجعي لو اقتضى التحريم في العدة، لم يصح أن

(١) مختصر المزني: ص ١٩٦.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

يراجع إلاَّ بعقد مراضاة، كالمتقضية العدة. ولأنها لو حرمت عليه بالطلاق الرجعي، لحد بوطئها. ولما توارثا بالموت، ولما وقع عليها طلاقه، ولماصح منها ظهاره كالمبتوتة، وفي ثبوت ذلك كله دليل على جواز استباحتها كالزوجة.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وبُعُولَتُهُنَّ أحقُّ بردِّهِنَّ في ذلك﴾(١): فدلَّ على خروجها بالطلاق حتى يردها بالرجعة، ثم قال ﴿إنْ أرادوا إصلاحاً﴾(٢).

قال الشافعي: إصلاح الطلاق بالرجعة، فدل على ثبوت الفساد قبل الرجعة، وليس في تسميته بعلاً دليل على رفع التحريم كالمحرمة والحائض. وقول النبي ﷺ لعمر: «مُرْهُ: فليراجِعْها ثم ليُمْسِكْها»(٥) فدل على أنه قيل: الرجعة لا يجوز أن يمسكها، ولذلك كان ابن عمر لا يمر على مسكنها قبل الرجعة حتى راجع. ولأنها معتبرة، فوجب أن تكون محرمة كالبائن.

ولأنه طلاق يمنع من السفر بها، فوجب أن يمنع من الاستمتاع بها كالمختلعة. ولأن كل معنى أوقع الفرقة، أوقع التحريم كالفسخ. ولأن حكم الطلاق مضاد لحكم النكاح، فلما كان كل نكاح إذا صحَّ أوجب الإباحة، وجب أن يكون كل طلاق إذا وقع أوجب التحريم.

فأما الآية، فقد جعلناها دليلاً.

وأما الجواب عن قياسه على قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فهو: أنَّ الطلاق لم يقع عليها، فلم تحرم عليه. ألا تراه لو طلقها بدخول الدار ثلاثاً لم تحرم عليه قبل دخولها لعدم وقوعها، وهذه قد وقع الطلاق عليها فثبت تحريمها، كالبائن بثلاثٍ أو دونها.

وأما قياسهم على مدة الإيلاء والعنة، فالمعنى فيها: أنَّها مدة لم تقع بها الفرقة، ومدة العدة قد وقعت بها الفرقة.

وأما قياسهم على البيع في مدة الخيار، فالجواب عنه: أنَّ الملك لم ينتقل إلاَّ بانقضائه على أصح أقاويله، ولأن فسخ البيع قد رفعه، والرجعة لا ترفع الطلاق وإنَّما ترفع حكمه، ولا حكم له إلا التحريم، فدل على ثبوته.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٢.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

وأما استدلالهم أن ما تفرد باستصلاح ولم يفتقر إلى عقد مراضاةٍ لم يوجب التحريم، فباطل بالزوجين الحرين إذا أسلم أحدهما كان التحريم واقعاً، وإن ارتفع بإسلام المتأخر منهما.

وأما استدلالهم بأن ما أوجب التحريم منع الإرث، وأوجب الحد، فباطل بالحيض والإحرام والظهار.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ نِكَاحٌ وَلاَ طَلاَقٌ إلاَّ بِكَلاَمٍ، فَلاَ تَكُونُ الرَّجْعَةُ إلاَّ بِكَلاَمٍ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. ولا تصح الرجعة إلا بكلام من الناطق، وبالإشارة من الأخرس، ولا تصح بالفعل من الوطء والاستمتاع.

وقال أبو حنيفة: تصح الرجعة بالقول وبالفعل، كالوطء والقبلة، حتى لو نظر إليها بشهوة صحت الرجعة.

وقال مالك: إن نوى بالوطء الرجعة صحت، وإن لم ينوِ لم تصح، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾[٢] والرد يكون بالفعل كما يكون بالقَوْلِ، كرد الوديعة. ولأنَّها مدة مضروبة للفرقة فصح رفعها بالفعل، كالإيلاء والعنة. ولأنها مدة تقضي إلى زوال الملك، فصح رفعها بالقول والفعل، كمدة الخيار في البيع. ولأن تأثير الوطء أبلغ في الإباحة من القول، كالمطلقة ثلاثاً لا تُسْتَبَاحُ إلا بوطء زَوْجٍ، فلما استبيحت المرتجعة بالقول، فأولى أن يستباح بالفعل.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[٣] فكان في الآية دليلان:

أحدهما: قوله﴿فأمسكوهن بمعروف﴾[٤] فَدَلّ على أن إباحة الامتلاك يكون بعد الإمساك.

والثاني: أمره بالاشهاد في الرجعة، إما واجب على القديم، أو ندباً على الجديد. فدل على أنَّها على وجه تصح فيه الشهادة، والوطء مما لم تجز بالاشهاد عليه عادة.

(١) مختصر المزني: ص ١٩٦.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.
(٣) سورة الطلاق، الآية: ٢.
(٤) سورة الطلاق، الآية: ٢.

وقول النبي ﷺ: «فليراجِعْها ثم ليمسكْها»[١] فدلَّ على وجوب الرجعة قبل إمساكها، وإلاَّ يكون إمساكها رجعةً. ولأنه رفع لحكم طلاقه، فلم يتم إلا بالقول مع القدرة عليه كالبائن. ولأنها حادثة في فرقة، فلا يصح إمساكها بالوطء كالزوجين الحرين إذا أسلم أحدهما. ولأنه فعل مع القدرة على القول، فلم تصح به الرجعة كالقبلة لغير شهوة. ولأن ما كمل به المهر، لم تصح به الرجعة، كالخلوة. ولأن العدة تجب عن الوطء، فاستحال أنْ تنقطع العدة بالوطء، لأن ما يوجب الشيء لا يقطعه. ألا ترى أن الوطء يستباح بالعقد، فاستحال أن يقطع العقد؟.

فأما الجواب عن الآية، فهو: أن الرد على ضربين: مشاهد، وحكم. فرد المشاهدة لا يكون إلا بالفعل، كالوديعة، ورد حكم فلا يكون إلا بالقول، كقوله: رددت فلاناً إلى حزبي، أو إلى مودتي، ورد الرجعة حكم فلم يكن إلا بالقول.

وأما الجواب عن قياسهم على مدة الإيلاء والعنة، فهو: أن المدة غير مضروبة في الإيلاء، والعنة للفرقة، وإنَّما هي مضروبة لاستحقاق المطالبة. والمدة في الطلاق الرجعي غير مضروبة للفرقة لوقوع الفرقة بالطلاق دون المدة، فلم يسلم وصف العلة في أصله وفرعها. ثم مدة الإيلاء والعنة المعتبر فيها أنَّها لا ترتفع بالقول، فلذلك ارتفعت بالوطء. وهذه لما ارتفعت بالقول، لم ترتفع بالوطء.

وأمَّا الجواب عن قياسهم على مدة الخيار، فالمعنى فيها: أَنها استباحة ملك واستعادة ملك، فجاز أن يكون بالقول والفعل، وليس كذلك الرجعة.

وأما الجواب عن استدلالهم بتأثير الوطء في المطلقة ثلاثاً، فهو: أنَّ ذلك الوطء إنما هو تمليك لا يوجب استيفاء نكاح ولا تجديده، فلم يجز أن يصير في الرجعة موجباً استيفاء نكاح، كما لم يوجب تجديده.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالكَلَامُ بِهَا أَنْ يَقُولَ: قَدْ رَاجَعْتُهَا، أَوِ ارْتَجَعْتُهَا، أَوْ رَدَدْتُهَا إِلَيَّ)**[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأنَّ الرجعة إذا لم تكن إلا بالكلام اختصت بالتصريح دون الكناية، وللتصريح في الرجعة لفظتان:

---

(١) حديث ابن عمر: سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٦.

إحداهما: راجعتك، أو ارتجعتك.

الثانية: رددتك، أو ارتددتك.

فصريح بالكتاب، قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾[1] وأما راجعتك فصريح بالسنة، قال النبي ﷺ لعمر: «مُرْهُ فليراجعْها». ثم العرف الجاري به، فلم يختلف أصحابنا في قوله: «راجعتك» أنَّه صريح.

وأمَّا رددتك، فقد نص الشافعي في كتاب «الأم»: على أنَّه صريح، ولم يذكره في القديم والإملاء، فوهم الربيع فخرج منه قولاً آخر: إنَّه كناية لا تصح به الرجعة، لإخلال الشافعي بذكره في القديم والإملاء. وقد أنكر تحريمه جمهور أصحابنا.

فأما قوله: قد أمسكتك، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون صريحاً تصح به الرجعة، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: هو قول أبي سعيد الإصطخري، إنه صريح فيها، كقول الله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2].

والوجه الثاني: أنَّها كناية لا تصح بها الرجعة.

والفرق بين أمسكتك حيث لم يكن صريحاً، وبين راجعتك ورددتك حيث كان صريحاً: أن المطلقة مرسلة مخلاة، والعرب تقول لما خرج عن اليد إذا أعيد إليها. قد ارتجعته، فرددته، ولا تقول أمسكته إلاَّ لما كان في اليد لم يخرج عنها، فلذلك ما افترقا في حكم الرجعة.

فأما إذا راجع بلفظ النكاح والتزويج، مثل: قد تزوجتها أو نكحتها، ففيه وجهان:

أحدهما: تصح به الرجعة، لأن ما صح به أغلظ العقدين كان أخفهما له أصح.

والوجه الثاني: وهو أصح، أنه لا تصح به الرجعة، لأن صريح كل عقد إذا نقل إلى غيره صار كناية فيه، كصريح البيع في النكاح، وصريح الطلاق في العتق. والرجعة لا تصح بالكناية، وليس إذا انعقد الأقوى بلفظ كان صريحاً فيه، وجب أن ينعقد بالأضعف. ألا ترى أن ما انعقد به النكاح الذي هو أقوى، لم يقع به الطلاق الذي هو أضعف؟.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ٢.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فإن صريح الرجعة لفظتان: راجعتك، أو رددتك.

فالأولى، أن يصل ذلك بأحد أمرين: إمَّا أن يقول: راجعتك إلى النكاح، أو يقول: راجعتك من الطلاق، هذا إن كانت حاضرة. وإنْ كانت غائبة، ذكر اسمها فقال: راجعت امرأتي فلانة، أو زوجتي فلانة، لأن الرجعية زوجة وإن كانت محرمة.

فإن قال: راجعتك أو رددتك، ولم يقل إلى النكاح أو من الطلاق، صَحَّ وتمت الرجعة؛ لأن الرجعة لا تكون إلاَّ مِنْ طلاق وإلى نكاح. وإنْ لم يذكر اسمها مع الغيبة، وقال: راجعتها، صحت الرجعة إن قيل: إن الشهادة فيها ندب، ولم تصح إن قيل: إن الشهادة واجبة.

فصل: وإذا تلفظ بالرجعة صحت، وإن لم ينوها نَصَّ عليها الشافعي. فإن قَال: راجعتك بالمحبة، أو قال: راجعتك من الأذى، صحت الرجعة. ولو قال: راجعت محبتك، أو راجعت بغضك، لم تصح الرجعة، لأن الرجعة ها هنا إلى المحبة، وهناك إلى النكاح لأجل المحبة.

ولو قال: قد اخترت رجعتك، أو قال: شئت رجعتك، فإن أراد أنه قد اختار أو شاء أنْ يراجعها من بعد لم يكن ذلك رجعة، لأنه إخبار عن إرادته لا عن رجعته. وإن أراد لذلك الرجعة في الحال، وأنَّه اختار بذلك عقدها، ففي صحة رجعته وجهان:

أحدهما: يصح، لأن اختيار الرجعة أوكد في صحتها.

والوجه الثاني: لا يصح، لأنه لما صار محتملاً يسأل عنه، خرج عن حكم التصريح إلى الكناية، والرجعة لا تصح بالكناية.

وعلى هذا، لو نكحها بوليٍّ وشاهدي عدلٍ لم يكن نكاحاً، وهل يكون رجعة أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

فصل: وإذا قال: قد راجعتك إن شئت، فشاءت، لم تصح الرجعة، لأنها عَقْد قد علقه بشرط، والعقود إذا علقت بشروط مترتبة لم تصح. كما لو قال: راجعتك إن جاء المطر، أو قدم زيد، أو قال: مثل ذلك في عقد النِّكاحِ.

ولو قال: قد راجعتك إذا جاء غد أو في رأس الشهر، لم تصح الرجعة لأنه عقد قد تعلق بمدة منتظرة.

فإن قال: راجعتك أمس، لم تصح الرجعة، إلا أن يريد الإقرار بها عن رجعة كانت منه بالأمس، فيكون إقراراً بالرجعة، ولا يكون في نفسه رجعة. ولو قال لها: كلما طلقتك فقد راجعتك، ثم طلقها، لم تصح الرجعة لتقدمها على موجبها من الطلاق، حتى تستأنفها بعد الطلاق، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ جَامَعَهَا يَنْوِي الرَّجْعَةَ أَوْ لَا يَنْوِيهَا، فَهُوَ جِمَاعُ شُبْهَةٍ، وَيُعَزَّرَانِ إِنْ كَانَا عَالِمَيْنِ، وَلَهَا صَدَاقُ مِثْلِهَا، وَعَلَيْهَا العِدَّةُ. وَلَوْ كَانَتِ اعْتَدَتْ بِحَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَصَابَهَا، ثُمَّ تكَلَّم بِالرَّجْعَةِ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ الثَّالِثَةَ، فَهِيَ رَجْعَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ بَعْدَهَا فَلَيْسَتْ بِرَجْعَةٍ، وَقَدِ انْقَضَتْ مِنْ يَوْمِ طَلَّقَهَا العِدَّة، وَلَا تَحِلُّ لِغَيْرِهِ حَتَّى تَنْقَضِي عِدَّتُهَا مِنْ يَوْمِ مَسَّهَا)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أنَّ الوطء لا يكون رجعة، وقول الشافعي: «لو كلمها ينوي الرجعة»، أراد به مالكاً، وإنْ لم ينو بها أو لا ينوها، أراد به أبا حنيفة، وقد مضى الكلام عليهما.

فإذا وطئها في العدة قبل الرجعة، فهو وطء شبهة، لا اختلاف في إباحته، والكلام فيه يشتمل على خمسة فصول: في الحد، والتعزير، والمهر، والعدة، والولد.

فأما الحد: فلا يجب لأمرين:

أحدهما: أنه وطء مختلف في إباحته، فأشبه الوطء فيما اختلف فيه من نكاح المتعة والشغار، والنكاح بغير ولي.

والثاني: أن الرجعية زوجة لتوارثهما، وإن حرم وطؤها كالمحرمة والحائض.

وأما التعزير: فإن اعتقد إباحته أو جهل تحريمه، فلا تعزير عليهما، لأنه لما كانت الشبهة مسقطة للحد، فأولى أن تسقط التعزير. وإن اعتقدا تحريمه ولم يجهلاه، عزرا. فإن اعتقد أحدهما تحريمه وجهله الآخر، عزَّر العالم منهما دون الجاهل.

وأما المهر: فواجب عليه بهذا الوطء، لأنها وإن كانت في حكم الزوجات، فهي جارية في البينونة، فأشبه وطء زوجته المرتدة في عدتها. ووطء من أسلم عن دينه في

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٦.

عدتها يلزمها مهر المثل بوطئها؛ لأنهما وطئا من هي جارية في فسخ. فإذا وجب عليه المهر بوطئه، لم يخل حاله: أن يراجع في العدة، أو لا يراجع.

فإن لم يراجع، استقر عليه وجوب المهر. وإنْ راجع، فالذي نَصَّ عليه الشافعي: أن المهر لا يسقط الرجعة. وقال في وطء المرتدة والحربية: إن المهر يسقط بالإسلام. فاختلف أصحابنا، فكان أبو سعيد الإصطخري ينقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، ويخرجها على قولين:

أحدهما: أن المهر يسقط بالرجعة، وبإسلام المرتدة والحربية، لأنها بالرجعة والإسلام تكون معه بالنكاح الأول، فلا يجب فيه مهران.

والقول الثاني: إن المهر لا يسقط بالرجعة ولا بإسلام المرتدة ولا الحربية، لأنه قد وجب بالوطء فلم يسقط معه الوجوب، كما لو لم يرتجع، ولم يسلم.

وقال أبو إسحاق المروزي وأكثر أصحابنا: جواب كل واحدة من المسألتين على ظاهره، فلا يسقط وطء المطلقة بالرجعة، ويسقط وطء المرتدة والحربية بالإسلام.

والفرق بينهما: أن الرجعة لا ترفع ما وقع من الطلاق، ولأنها تكون معه على ما بقي من عدد الطلاق، وليس كذلك الإسلام؛ لأنه يرفع حكم الردة والشرك، ويكون معه بعدد الطلاق الذي ملكه بالنكاح، فصار الطلاق خارماً للنكاح، والردة لم تخرمه.

وأمَّا العدة: فواجبة بهذا الوطء. لأنه وطء شبهة، فاشتبه وطء الأجنبية بشبهة، وعليها أن تستأنف ثلاثة أقراء بعد هذا الوطء إن كانت من ذوات الأقراء، ويكون الباقي من عدة الطلاق نائياً عن العدة، وما زاد عليه مختصاً بعدة الوطء.

مثاله: أن يكون قد وطئها بعد قرأين من عدتها، وبقي منها قرء، فتأتي بثلاثة أقراء: منها قرء عن عِدَّةِ الطلاق والوطء، لأنَّهما في حق شخص واحد فتداخلتا. وإنَّما لا تتداخل العدتان إذا كانتا في حق شخصين، ويكون القرءان الباقيان مختصين بعدة الوطء دون الطلاق. وله أن يراجعها فيما بقي من عِدَّة الطلاق، وليس له أن يراجعها من عدة الوطء، لأنها قد بانت بانقضاء عِدَّة الطلاق.

والرجعة لا تصح من بائن، لكن له أن يتزوجها فيما بقي من عدة الوطء. وليس ذلك لغيره إلا بعد انقضائها، لأن العدة تجب عليها لحفظ ماء مستحق. فإذا تزوجها في العِدَّة، كان ماؤه محفوظاً فجاز. وإذا تزوجها غيره، كان مضاعاً فلم يجز.

وأمَّا الولد: فلا حق به، لأنها فراش له بالعقد، وفراش بما استحدث من وطء الشبهة. فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من الوطء انقضت به عدة الطلاق، وكان له الرجعة ما لم تضع، فلم تنتقض به عِدَّة الوطء، واستقبلت جميع أقرائها بعد الوضع، لأن ما تقدم من أقرائها، كان قبل الوطء.

وإن وضعته لستة أشهر فصاعداً من وقت الوطء، انقضت به العدتان معاً، وكان على رجعيته ما لم تضع، سواء حاضت على الحمل أو لم تحض؛ لأن حيضها على الحمل لا تنقضي به العدة، ولا يعتد به من الأقراء، وإن أجري عليه حكم الحيض.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا وَلَم تَعْلَمْ بِذَلِكَ، وَانْقَضَتْ عِدَّتِهَا وَتَزَوَّجَتْ، فَنِكَاحُهَا مَفْسُوخٌ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ كَانَ مَسَّهَا، وَهِيَ زَوْجَةُ الأَوَّلِ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلاَمُ: «إِذَا أَنْكَحَ الوَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ» وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ: هِيَ امْرَأَةُ الأَوَّلِ، دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ قال: وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً لَمْ يُفْسَخْ نِكَاحُ الآخَرِ)[١].

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة: أن الرجعة تصح بغير علم الزوجة، لأن رضاها غير معتبر، بخلاف النكاح. لأنه رفع تحريم طرأ على عقدِ النكاح، فلم يعتبر رضاها في رفعه كالظهار والإحرام.

وإذا لم يكن رضاها معتبراً بما ذكرنا، فعلمها غير معتبر كالطلاق. لأن إعلانها مقصود به الرضا، فثبت بذلك أن الرجعة بعلمها وغير علمها، ومعه حضورها وغيبتها، جائزة.

فلو طلقها وغاب، وتزوجت بعد انقضاء العِدّة، وقدم الزوج فَادَّعى أنه راجعها قبل انقضاء العِدة، فله حالتان:

حال: يقيم البينة على رجعته.

وحال: يعدمها.

فإن أقام البينة عليها، وهي: شاهدان عدلان لا غير، كان نكاح الثاني باطلاً، سواء دخل بها أم لم يدخل.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٦.

وقال مالك: إن دخل بها الثاني كان أحق بها من الأول، وإن لم يدخل بها كان الأول أحق بها من الثاني، كما قال في الوليين إذا زوجا امرأة، وقد مضى الكلام معه على ذلك في كتاب النكاح.

ودليلنا عليه بقول رسول الله ﷺ: «إذا أنكح الوليّان فالأوّلُ أحَقُّ»[1] ولأن وطء الثاني حرام، والوطء المحرم لا يفسد نكاحاً صحيحاً، ولا يصحح نكاحاً فاسداً. ولأنهما قد استويا في الوطء، وفضِّل الأول لصحة العقد، وبمذهبنا قال علي بن أبي طالب عليه السلام، وبمذهب مالك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وقال الشافعي: وهي أحد المسائل الثلاث التي اختلف فيها عمر وعلي رضي الله عنهما، والقياس فيها مع علي عليه السلام.

وإذا ثبت أنها زوجة الأول بعد ثبوت رجعته لم يخل حال الثاني: من أن يكون قد دخل بها، إو لم يدخل. فإن لم يدخل بها، فلا مهر عليه، وتحل إصابتها للأول في الحال.

وإن دخل بها الثاني، وجبت عليه العدة من إصابته، وعليه مهر مثلها دون المسمى، وهي محرمة على الأول حتى تنقضي عدتها من الثاني؛ لأنها معتدة من غيره. ولا نفقة عليه في مدة العدة لتحريمها عليه لسبب من جهتها، ولا على الثاني لفساد نكاحها. فإن قضت عدتها من الثاني، عادت إلى إباحة الأول.

فصل: وإن عدم البينة على رجعته، فدعواه مسموعة على الزوجة، وعلى الزوج الثاني. وكل واحد منهما فيها خصم له، لأن الزوجة مدعاة، والزوج الثاني متملك، فلذلك صار فيها خصمان للأول، فإذا ادّعى ذلك عليهما، فلهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يصدقاه على الرجعة، فيبطل نكاح الثاني. فإن لم يكن قد دخل بها، فلا مهر عليه ولا حد، وعادت إلى الأول بنكاحه الأول ، وحل له وطئها في الحال.

وإن دخل بها الثاني، نظر: فإن كانا عالمين بالرجعة فهما زانيان، وعليهما الحد، ولا مهر عليه، ولا عدَّة عليه، وهي حلال للأول من غير عِدَّة. ولو توقف عن إصابتها إلى انقضاء العدة كان أولى، وإن لم يتوقف فلا حرج، كما لو زنت تحته.

وإن كانا جاهلين بالرجعة، فلا حَدَّ عليهما للشبهة، وعليه مهر المثل دون المسمى،

---

(١) سبق تخريجه في النكاح.

وعليه العدة. وهي محرمة على الأول حتى تنقضي عدتها من الثاني، ولا نفقة لها على واحد منهما في زمان العدة. فإن جاءت بولد، نظر فيه، وكانت حاله مترددة بين أربعة أقسام:

أحدها: أن يمكن لحوقه بالأول دون الثاني لولادته لأقل من أربع سنين في طلاق الأول، وأقل من ستة أشهرٍ من إصابة الثاني، فهذا لاحق بالأول دون الثاني، فلا تنقضي به عدتها من الثاني، وعليها أن تعتد بالأقراء من إصابته.

والقسم الثاني: أن يمكن لحوق الثاني دون الأول، لولادته من أكثر من أربع سنين من طلاق الأول، وأكثر من ستة أشهر من إصابة الثاني، فهذا لاحق بالثاني، وتنقضي عدتها منه بوضعه، ويعود إلى إباحة الأول بعد ولادته.

والقسم الثالث: ألا يمكن لحوقه بواحد منهما، لولادته لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول، وأقل من ستة أشهر من إصابة الثاني، فلا يلحق بالثاني لاستحالة كونه من إصابته، ولا بالأول لاستحالة علوقه قبل طلاقه، وعليها أن تعتد من إضافة الثاني بالأقراء.

القسم الرابع: أن يمكن لحوقه بكل واحد منهما لولادته لأقل من أربع سنين من طلاق الأول، ولأكثر من ستة أشهر من إصابة الثاني، فيعرض على القافة، ولا يعتبر تصادقهما عليه؛ لأن لحوق النسب حق للولد. فإذا ألحقته القافة بأحدهما لحق به، وكان الجواب فيه على ما مضى. فهذا إذا كانا جاهلين بالرجعة.

فإن كان الزوج جاهلاً بها والزوجة عالمة به، حُدَّتْ دونه، ولا مهر لها لوجوب الحد عليها، وعليها العدة لسقوط الحدِّ عن الزوج ولحوق الولد به لو أمكن على ما مضى. وإنْ كانت الزوجة جاهلة بها والزوج عالماً، حدَّ دونها، ولها المهر لسقوط الحد عنها، ولا عِدَّةَ عليها لوجوب الحد على الزوج ونفي النسب عنه. فهذا حكم الحال الأول إذا صدقاه.

فصل: والحال الثانية: أن يكذباه على الرجعة، فالقول قولها مع أيمانها، لأن الأصل عدم الرجعة، والظاهر صحة النكاح، فلم يقبل دعوى الأول في إحداث الرجعة وإبطال النكاح. وإذا كان كذلك، فللزوجة والزوج الثاني أربعة أحوال:

أحدها: أن يجيبا إلى اليمين، فيحلف الزوج الثاني لا يختلف فيه، وهل تحلف الزوجة بعد يمين الثاني أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا تحلف، لأن اليمين يوضع زجراً ليرجع الحالف فتقضي عليه بالدعوى، وهذه لو رجعت لم يقض للأول بها بعد يمين الثاني، فلم يكن لتمييز الزوجة معنى.

والقول الثاني: أنها تحلف، حتى إن نكلت قضي عليها بالمهر الأول، وإن حكم بأنها زوجة للثاني.

والحال الثانية: أن ينكلا جميعاً عن اليمين، وترد اليمين على الزوج الأول، فإذا حلف حكم له بالزوجة، وهل يجري يمينه بعد نكولهما مجرى البينة، أو الإقرار؟ على قولين:

أحدهما: يجري مجرى الإقرار. فعلى هذا، إن كان الثاني لم يصب فعليه نصف المهر، وإن أصاب فعليه جميع المسمى.

والثاني: أنها تجري مجرى النية. فعلى هذا، إن كان الثاني لم يصب فلا شيء عليه، فإن أصاب فعليه مهر المثل دون المسمى، والكلام في العدة والولد على ما مضى.

والحال الثالثة: أن يحلف الزوج الثاني وتنكل هي عن اليمين، فيحكم بها زوجة للثاني بيمينه، وهل يكون لنكولها تأثير أم لا؟ على قولين من اختلافهما في وجوب اليمين عليهما:

فإن قيل: إنها لا تجب، لم ترد اليمين على الأول، ولم يقض له عليها بالمهر.

وإن قيل: إنها تجب، ردت اليمين على الأول. فإذا حلف، قضى له عليها بمهر المثل.

والحال الرابعة: أن تحلف الزوجة وينكل الزوج الثاني عن اليمين، فتكون زوجة للثاني لسقوط حق الأول بيمينها، ولا يؤثر نكول الثاني في سقوط حق الأول. فهذا حكم الحال الثانية إن أكذباه.

فصل: والحال الثالثة: أن تصدقه الزوجة ويكذبه الزوج. فالقول قول الزوج الثاني مع يمينه، ولا تصدق عليه الزوجة في إبطال نكاحه. فإن حلف الثاني كانت زوجته دون الأول، وهل للأول أن يرجع عليها بمهر المثل أم لا؟ على قولين بناء على اختلاف قوليه، فيمن قال: هذه الدار لزيد، لا بل لعمرو:

أحدهما: تجب له عليها مهر المثل، لأنها قد فوتت بضعها عليه بنكاح الثاني، فصار كما لو فوتته برضاع.

والقول الثاني: لا مهر له عليها، لأنها قد أقرت له بما لزمه، وإنما الحكم صرفه

عنها، فإن فارقها الثاني بموت أو طلاق، عادت إلى الأول بالتصديق المتقدم. وإن نكل الزوج الثاني عن اليمين، ردت على الزوج الأول. فإن حلف، حكم له بالنكاح، وإن نكل كانت زوجة الثاني، وعلى نكاحه، ولم يكن للأول أن يرجع عليها بالمهر؛ لأنه قد أسقط حقه منها بالنكول. فإن فارقها الثاني بموت أو طلاق، عادت إلى الأول بإقرارها الأول.

فصل: **والحال الرابعة**: أن يصدقه الزوج الثاني، وتكذبه الزوجة. فيبطل نكاح الثاني بتصديقه لإقراره على نفسه بفساده، ولا يقبل على الزوجة في سقوط مهرها. فإن كان قبل إصابته، وجب عليه نصف مهرها المسمى. وإن كان بعد الإصابة، وجب عليه جميعه، ثم القول قولها مع يمينها لا يختلف في إبطال رجعة الأول.

فإن حلفت فلا رجعة عليها للأول، وهي بائن منه، وخلية من زوج. وإن نكلت، ردت اليمين على الزوج. فإن حلف، حكم له بالرجعة وكانت له زوجة. وإن نكل عن اليمين، فلا رجعة له عليها، وقد أسقط حقه بنكوله. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَو ارْتَجَعَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ وَأَقَرَّتْ بِذَلِكَ، فَهِيَ رَجْعَةٌ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُشْهِدَ)[١].

قال الماوردي: أما الرجعة، فلا تفتقر إلى ولي، ولا إلى قبول الزوجة. ويجوز للزوج أن ينفرد بها، وهل يفتقر إلى شهادة، ويكون شرطاً في صحتها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: قاله في الإملاء: إن الشهادة في الرجعة واجبة مع التلفظ بها، فإن لم يشهد كانت الرجعة باطلة، لقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِيَ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾[٢]. فهذا أمر فاقتضى الوجوب، ولأنه عقد يستباح به بضع الحرة، فوجب فيه الشهادة كالنكاح.

والقول الثاني: نص عليه في القديم والجديد: إنها مستحبة ليست بواجبة، لأنه لما لم يعتبر فيها شروط النكاح في غير الشهادة من الولي والقبول، لم يعتبر فيها الشهادة.

ولأنها رفع تحريم طرأ على النكاح، فأشبه الظهار. ولأن البيع أوكد منها، لاعتبار القول فيه دونها. ثم لم تجب الشهادة في البيع، فكان بأن لا تجب لاعتبار القبول فيه دونها، ثم لم تجب الشهادة في البيع، فكان أن لا تجب في الرجعة أولى.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٦.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ٢.

فأما قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ منكم﴾[١] فهو عطف على الرجعة في قوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٢]. وعلى الطلاق في قوله: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٣] ثم لم تجب في الطلاق وهو أقرب المذكورين، فكان بأن لا تجب في الرجعة لبعدها أولى.

فعلى هذا تكون الشهادة عليها ندباً إن لم تشهد صحت الرجعة، وهل يكون مندوباً إلى الإشهاد على إقراره بها أم لا؟ على وجهين.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: قَدْ رَاجَعْتُكِ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِكِ، وَقَالَتْ: بَعْد، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا)[٤].

قال الماوردي: أما إذا اختلفا في الرجعة والعدة باقية، فقال الزوج: راجعتك، وقالت: لم تراجعني، فالقول فيها قول الزوج، لأنها حال تملك فيها الرجعة، فملك الإقرار فيها بالرجعة كالطلاق وإذا ملكه الزوج، ملك الإقرار به.

ثم ينظر: فإن لم يتعلق بها قبل الرجعة حق على الزوج، فلا يمين عليه، لأن الرجعة لما جوزت له بغير علمها صار مؤتمناً عليها، فإذا لم يتعلق بها حق لغيره، لم يلزمه إحلافه عليها، وإن تعلق عليه حق الزوجة قبل إقراره بالرجعة، لأنه وطئها قبل إقراره بها، فطالبته بمهر المثل لأجل وطئه، فأنكر وجوب المهر بما أقرّ من الرجعة قبل وطئه، وحلف على رجعته، ولم يسقط دعواها بإنكاره.

فأما إذا اختلفا في الرجعة بعد انقضاء العدة، فقال الزوج: راجعتك قبل انقضاء العدة، فلا يخلو إنكارها له من أحد أمرين: إما أن تجحده الرجعة، وإما أن تقرّ بها وتدعي انقضاء العدة قبلها.

فإن جحدت أن يكون قد راجعها قبل هذه الدعوى، فالقول قولها مع يمينها، لأنها قد ملكت نفسها في الظاهر بالطلاق المتقدم، فلم يقبل دعوى الزوج فيما يخالفه مع بقاء عصمته.

وإن اعترفت له بالرجعة، إلا أنها أنكرت أن تكون في العدة، وادعت انقضاء عدتها قبل الرجعة، فالذي نقله المزني هاهنا: أن القول قول الزوجة مع يمينها ولا رجعة. ونقل

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٢.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ٢.

(٣) سورة الطلاق، الآية: ٢.

(٤) مختصر المزني: ص ١٩٦.

المزني في نكاح المشركين إذا أسلم الزوج بعد تقدم إسلام الزوجة، ثم اختلف فقال: أسلمت قبل انقضاء عدتك فنحن على النكاح، وقالت الزوجة: بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فلا نكاح بيننا، إن القول قول الزوج مع يمينه في تقدم إسلامه، وهما على النكاح. وقد حكاه بعض أصحابنا عن الشافعي في اختلافهما في الرجعة: أن القول فيها قول الزوج مع يمينه، فاختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول متقدم، إنها على قولين:

أحدهما: وهو الأصح: أن القول قولها دونه. لأن إقامة البينة على انقضاء العدة متعذر، وإقامتها على الرجعة ممكنة، فلذلك غلب قولها في انقضاء العدة على قوله في تقدم الرجعة، لتعذر البينة من جهتها وإمكانها من جهته.

والقول الثاني: أن القول قوله في تقدم الرجعة دونها، لأن الرجعة من فعله وصادرة عن اختياره، وليس انقضاء العدة من فعلها ولا صادرة عن اختيارها، فكان قوله فيها أمضى، ودعواه فيها أقوى.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي: إنه ليس على قولين، بل القول فيه قول من سبق بالدعوى. فإن سبقت الزوجة بأن عدتها قد انقضت واستقر قولها في البينونة، ثم جاء الزوج يدعي تقدم الرجعة، فالقول قولها مع يمينها بالله أنها لا تعلم تقدم الرجعة، فيكون يمينها على نفي العلم، لأنها على نفي فعل الغير.

وإن سبق دعوى الزوج بأنه قد راجع زوجته في العدة، واستقر قوله في الرجعة، ثم جاءت الزوجة فادعت انقضاء عدتها قبل الرجعة، كان القول قوله مع يمينه بالله أنه لا يعلم انقضاء عدتها قبل رجعته. وإنما كان كذلك لاستقرار الحكم فيما سبقت به الدعوى، فلم تبطل بما حدث بعده من الدعوى، كاختلاف الوكيل: والموكل بعد بيع الوكيل: هل كان بيعه قبل فسخ الوكالة فيصح، أو بعد فسخها فيبطل؟ فإنه معتبر بأسبقهما قولاً.

فإن بدأ الوكيل فقال: قد بعت السلعة بوكالتك، وقال الموكل: قد فسخت وكالتك قبل بيعك، إن القول قوله، لأن الوكيل قد كان في حال الوكالة فصار مقبولاً على موكله. وإن سبق الموكل فقال: فسخت وكالتك، فقال الوكيل: قد بعت قبل فسخك، فالقول قول الموكل، لأن الوكيل قد خرج من الوكالة بفسخه، فلم يقبل قوله بعد فسخ وكالته، كذلك

حكم اختلافهما في تقدم الرجعة وانقضاء العدة يكون معتبراً بأسبقهما قولاً إذا استقر قوله من غير أن يتصل بإنكار.

فإن اتصل بإنكار لم يستقر معه حكم السبق، إما بأن تبدأ الزوجة فتقول: قد انقضت عدتي، فيقول الزوج جواباً لها: قد راجعتك قبل انقضاء عدتك. أو يبدأ الزوج فيقول: قد راجعتك في عدتك، فتقول الزوجة جواباً له: قد انقضت عدتي قبل رجعتك، فيكونان في حكم الدعوى سواء، ولا يقوى قول من سبق منهما بالدعوى إذا أجيبت بالإنكار، لأن حكم قوله لم يستقر.

وإذا كانا كذلك، صارا فيها متساويين فالقول حينئذٍ على هذا الوجه قول الزوجة دون الزوج لمعنيين يرجع بهما قولهما إنها جارية في فسخٍ، وأن قولها في حيضها مقبول.

والوجه الثالث: وقد أشار إليه المزني واختاره الداركي: أنهما إن اتفقا في وقت انقضاء العدة واختلفا في وقت الرجعة، كأنه قال: راجعتك في شعبان، وانقضت عدتك في رمضان. وقالت: انقضت عدتي في رمضان، وراجعتني في شوال. فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن اختلافهما في الرجعة دون العدة، والرجعة من فعله دونها، فوجب أن يكون القول فيها قوله مع يمينه، على ما تقدم رجعته، لا على تأخير عدتها. لأنه يحلف على ما اختلفا فيه، وهي الرجعة دون العدة، فيقول: والله لقد راجعتك قبل انقضاء عدتك، فتكون يمينه على القطع، لأنها يمين إثبات.

وإن اتفقا على وقت الرجعة واختلفا في وقت انقضاء العدة، كأنها قالت: انقضت عدتي في شعبان وراجعتني في رمضان، فقال الزوج: راجعتك في رمضان وانقضت عدتك في شوال، فالقول قول الزوجة مع يمينها، لأنه حلف في انقضاء العدة لا في وقت الرجعة، فكان القول قولها لأنها مؤتمنة على عدتها، فيحلف بالله لقد انقضت عدتها قبل رجعتك على القطع، لأنها يمين إثبات. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ وَلَوْ دَخَلَ بِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَقَالَ: قَدْ أَصَبْتُكِ، وَقَالَتْ: لَمْ يُصِبْنِي فَلاَ رَجْعَةَ. وَلَوْ قَالَتْ: أَصَابَنِي وأَنْكَرَ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةَ بِإِقْرَارِهَا، وَلاَ رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا بِإِقْرَارِهِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٦. وتتمة المسألة: «وسواءٌ طال مقامه أو لم يطل لا تجب العدة، وكمال المهر إلا بالمسيس نفسه ولو قال: ارتجعتك اليوم وقالت انقضت عدتي قبل رجعتك، صدقتها إلا أن تقر بعد =

قال الماوردي: أما قول الشافعي: «ولو دخل بها» يعني: خلا بها، وقد ذكرنا حكم الخلوة في دخول الزوجين بيتاً، وأن يغلقا عليهما باباً، أو يرخيا عليهما ستراً، وذكرنا في كتاب النكاح اختلاف قول الشافعي فيها على ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو قوله في القديم، وبه قال أبو حنيفة: إنها كالإصابة في كمال المهر ووجوب العدة واستحقاق النفقة، وهل تكون كالإصابة في ثبوت الرجعة أم لا؟ على وجهين.

والقول الثاني: وهو قوله في الإملاء، وبه قال مالك: إنها كاليد لمدعي الإصابة منهما، فيحلف عليها، ويحكم له بها زوجاً كان أو زوجة.

والقول الثالث: وهو قوله في الجديد: إنه لا حكم لها في استكمال المهر، ولا في وجوب العدة، ولا في ثبوت الرجعة، وإن وجودها كعدمها.

فصل: فإذا تقررت هذه الجملة، واختلف الزوجان في الإصابة: إما مع عدم الخلوة، أو مع وجودها، على قوله في الجديد الذي لا تأثير فيه للخلوة، فيه مسألتان:

إحداهما: أن يدعي الزوج الإصابة، وتنكرها الزوجة.

والثاني: أن تدعي الزوجة الإصابة وينكرها الزوج.

فإن ادعاها الزوج وأنكرتها الزوجة، فادعاؤه لها إنما هو لإثبات الرجعة عليها، فيكون القول قولها في إنكارها الإصابة مع يمينها. بخلاف المولى والعنين، حين كان القول قولهما في ادعاء الإصابة دونها.

والفرق بينهما: أن الأصل في المولى والعنين بقاء الزوجة، فكان القول قولها في ادعاء الإصابة استصحاباً لهذا الأصل في ثبوت العقد. والأصل هاهنا: وقوع الفرقة، فكان القول قولها في عدم الإصابة استصحاباً لهذا الأصل في ثبوت الفرقة. فإذا حلفت هذه المطلقة أنه طلقها من غير إصابة، فلا عدة عليها، ولا رجعة له.

فأما المهر، فإن كان في يد الزوج فليس لها المطالبة إلا بنصفه، لأنها لا تدعي أكثر منه. وإن كان بيدها، لم يكن للزوج مطالبتها بشيء منه، لأنه مقر لها باستحقاق جميعه.

= ذلك، فتكون كمن جحد حقاً ثم أقر به (قال المزني) رحمه الله: إن لم يقرّا جميعاً ولا أحدهما بانقضاء العدة حتى ارتجع الزوج وصارت امرأته، فليس لها عندي نقض ما ثبت عليها له».

فإن نكلت الزوجة عن اليمين، ردت على الزوج. فإذا حلف، حكمنا عليها بالعدة، وله الرجعة، لأنه حق عليها فقبل فيه رجوعها. ولأنها لو أنكرت أصل النكاح، ثم اعترفت به، صحّ، وجاز لها الاجتماع، فكان للرجوع إلى الاعتراف والإصابة أولى بالقبول.

فصل: فإذا ادعت الزوجة الإصابة وأنكرها الزوج، فالقول قول الزوج مع يمينه، وليس لها من المهر إلا نصفه، ولا نفقة لها، ولا رجعة له، وعليها العدة بإقرارها. لأن دعواها قد تضمنت ما ينفعها وهو كمال المهر ووجوب النفقة، وما يضرها وهو وجوب العدة، فقبل قولها فيما يضرّها من وجوب العدة، ورد فيما ينفعها من كمال المهر ووجوب النفقة.

فإن حلف الزوج، فالحكم فيه ما ذكرنا. وإن نكل، ردت اليمين على الزوجة: فإذا حلفت، حكمنا لها عليه بكمال المهر ووجوب النفقة والعدة، فلازمة لها بالإقرار الأول، ولا رجعة للزوج، لأنه بإنكار الإصابة مبطل لرجعته.

فصل[1]: قال الشافعي: ولو طلق امرأته ثم قال: أعلمتني أن عدتها قد انقضت، ثم راجعتها، لم يكن هنا إقراراً منه بأن عدتها قد انقضت، لأنها قد تكذبه فيما أعلمته، وتصح الرجعة إن عادت فأكذبها نفسها. وهكذا، لو أقرت بطلاقها واحدة وراجعتها وادَّعت أنه طلقها ثلاثاً لا رجعة فيها، ثم صدقته وأكذبت نفسها، حل لها الاجتماع معه.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَو ارْتَدَّتْ بَعْدَ طَلَاقِهِ فَارْتَجَعَهَا مُرْتَدَّةً فِي العِدَّةِ، لَمْ تَكُنْ رَجْعَةً لأَنَّهَا تَحْلِيلٌ فِي حَالِ التَّحْرِيمِ قَالَ الْمُزَنِيُّ. وَأَشْبَهُ بِقَوْلِهِ أَنْ تَكُونَ رَجْعَةً مَوْقُوفَةً. إلى آخر الفصل)[2].

قال الماوردي: وصورتها: في المطلقة الرجعية إذا ارتدت عن الإسلام في عدتها. فالزوج ممنوع من رجعتها في الردة، كما كان ممنوعاً من نكاحها. فإن راجعها وهي في الردة، كانت رجعته باطلة، سواء رجعت إلى الإسلام قبل مضي العدة أم لا.

---

(١) في الحاوي مسألة إلا أنه لم يصدّرها بـ: قال الشافعي، أو قال المزني.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٦. وتتمة الفصل: «فإن جمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة علمنا أنه رجعة، وإن لم يجمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة علمنا أنه لا رجعة، لأن الفسخ من حين ارتدت كما نقول في الطلاق: إذا طلقها مرتدة أو وثنية فجمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة، علمنا أن الطلاق كان واقعاً، وكانت العدة من حين وقع. وإن لم يجمعهما الإسلام في العدة، بطل الطلاق، وكانت العدة من حين أسلم متقدم الإسلام».

وقال المزني: رجعته في الردة موقوفة على إسلامها قبل انقضاء العدة، فإن أسلمت قبل انقضاء عدتها صحت الرجعة؛ وإن لم تسلم حتى انقضت العدة بطلت الرجعة، استدلالاً بأن طلاق المرتدة لما كان موقوفاً صحَّ أن تكون رجعتها موقوفة، ولما صح أن يكون نكاحها موقوفاً على انقضاء العدة، فأولى أن تكون رجعتها موقوفة. ولأن أسوأ أحوال المرتدة أن تكون محرمة، وتحريمها لا يمنع من صحة الرجعة كالمحرمة.

وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿ولا تمكسوا بعصم الكوافر﴾[1]. وفي الرجعة تمسكاً برجعتها بعصمتها، فوجب أن تكون، الردة مانعة منها.

ولأن الرجعة عقد يستباح به بضع الحرة، فلم يصح في الردة، ولا أن يكون موقوفاً فيها كالنكاح. ولأن الردة منافية للرجعة، لأن الردة تقتضي البينونة، والرجعة رافعة للبينونة.

وإذا تنافيا لم يصح أن يجتمعا، وإذا لم يصح اجتماعهما لتنافيهما، وقد ثبتت الردة، فبطلت الرجعة.

وأما الطلاق، فهو غير مناف للردة، لأنهما معاً يقتضيان الفرقة وعلى أن الطلاق يجوز أن يكون موقوفاً على شرط لا يصح إيقاف الرجعة ولا تعليقها بشرط، فافترق حكمهما في الردة.

وأما النكاح، ففسخه موقوف وعقده غير موقوف، والرجعة ملحقة بالعقد دون الفسخ.

وأما الرجعة في الإحرام، فمفارقة للرجعة في الردة، لأن المزني يقف الرجعة في الردة، ولا يقفها في الإحرام، فبهذا الفرق جوزنا الرجعة في الإحرام، وأبطلناها في الردة.

فصل: وإذا زوجت المطلقة في عدتها وقبل مراجعة الزوج لها، ودخل بها الثاني، فراجعها الأول بعد دخول الثاني، وقبل انقضاء العدة صحت الرجعة، وكانت محرمة على الأول بعد رجعته حتى تقضي عدتها من إصابة الثاني. لأن نكاح الثاني باطل. فلم يكن

---

(١) سورة الممتحنة، الآية: ١٠.

عدتها من إصابته مانعة من صحة رجعته. لأن الرجعة توجب استبقاء النكاح، ووجوب العدة لا يَمنع من استبقاء النكاح، كالموطوءة بشبهة.

فصل: وإذا راجعها الزوج وهو مجنون أو مغمى عليه، بطلت رجعته لبطلان عقوده. فإن كان يجن في زمان ويفيق في زمان، صحت رجعته في إفاقته، وبطلت في جنونه.

فلو اختلفا فقال: راجعتك في حال الإفاقة، وقالت: راجعتني في حال الجنون، ففيه قولان كالطلاق إذا اختلفا في وقوعه في الجنون والصحة:

أحدهما: أن القول قول الزوج مع يمينه، وتصح رجعته.

والقول الثاني: أن القول قولها مع يمينها، ورجعة الزوج باطلة.

ولو راجعها وهو سكران صحت رجعته إذا قيل: بوقوع طلاقه على الصحيح من المذهب، ولم تصح رجعته إذا قيل بتخريج المزني: أن طلاقه لا يقع.

ومن أصحابنا من قال: لا تصح رجعته، وإن وقع طلاقه. لأن وقوع طلاقه تغليظ، ورجعته تخفيف. والسكران يغلظ عليه، ولا يخفف عنه.

وهذا فاسد، لأننا نجري على سكره، حكم الصحة، فلم يقع الفرق بين ما غلظ وخفف. فلو راجعها وهي مجنونة أو سكرانة، صحت رجعتها، لأن نكاحها في جنونها وسكرها يصح، فكانت رجعتها أصح.

فصل: وإذا شك الزوج في طلاق امرأته، لم تلزمه رجعتها، لأن الطلاق بالشك ملغى، فيسقط حكمه في التحريم، فسقط حكمه في الرجعة.

وأوجب عليه سفيان الثوري الرجعة، وهذا فاسد بما ذكرنا. وأمره شريك بن عبدالله بالطلاق والرجعة، وهذا القول أفسد.

وقد حكى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: جاء رجل إلى أبي حنيفة فقال: لا أدري أطلقت أم لا؟ فقال له أبو حنيفة: هي امرأتك حتى تستيقن أنك طلقتها، فذهب إلى سفيان الثوري فسأله فقال: راجِعْها، وإن لم تكن طلقتها لا تضرك الرجعة. فذهب إلى

شريك بن عبدالله فسأله فقال له: طلِّقْها ثم راجِعها، قال: فجاء الرجل إلى زفر بن الهذيل فأخبره بمقالتهم، فقال له زفر: أما أبو حنيفة فأفتاك بالفقه، وأما سفيان فأفتاك بالورع والاحتياط، وأما شريك فسأضرب لك مثلاً فيه، مثله مثل رجل مرّ بثقب فسال عليه منه، فأما أبو حنيفة فقال: ليس عليك شيء منه حتى تستيقن أنه نجس. وأما سفيان فإنه أمره بغسله، فإن كان طاهراً لم يضرّه، والغسل وإن كان نجساً فقد غسله، وأما شريك فقال: بل عليه ثم أغسله.

باب المُطَلَّقَةُ ثَلاثاً

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي المُطَلَّقَةِ الطَّلْقَةَ الثَّالِثَةَ ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾. وَشَكَتِ المَرْأَةُ الَّتِي طَلَّقَهَا رِفَاعَةُ ثَلَاثاً زَوْجَهَا بَعْدَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ: إِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ، فَقَالَ: «أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيلَتَهُ ويَذُوقَ عُسَيلَتَكِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. كل زوج وقع طلاقه على كل زوجة من صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، إذا استكمل طلاقها ثلاثاً، مجتمعة أو متفرقة، قبل الدخول أو بعده، فهي محرمة عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ويدخل بها الثاني، فتحل بعده للأول بعقد الثاني وإصابته، وهو قول الجماعة.

وقال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير: تحل للزوج الأول بعقد الثاني، وإن لم يصبها. فجعلا الشرط في إباحتها للأول عقد الثاني دون إصابته، استدلالاً بعموم قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٢]. واسم النكاح يتناول العقد دون الوطء. ولأنه لما ثبت بمجرد العقد تحريم المصاهرة، ثبت به حكم الإباحة.

ودليلنا: حديث الأعمش، عن عروة، عن عائشة: أن رفاعة القرظي طلّق زوجته ثلاثاً، فنكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فأتت رسول الله ﷺ فذكرت زوجها وقالت: إنما معه كهدَبةِ الثَّوبِ فقال: «لَعَلَّكِ تُرِيدِيْن رِفاعة، لا حتَّى تذُوقي عُسَيْلَتَه وَيَذُوقَ عسيلتَكِ»[٣] وهذا نص.

وروى هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة: أن عمرو بن حزم طلق الغميصاءَ،

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٣) حديث عائشة: أخرجه البخاري في الطلاق (٥٢٦٠) ومسلم في النكاح (١٤٣٣) (١١١) و (١١٢) والنسائي ٦/ ٩٣ والدارمي ٢/ ١٦١ ـ ١٦٢ والترمذي (١١٨) وابن ماجة (١٩٣٢) والبيهقي ٧/ ٣٧٣ ـ ٣٧٤ وأحمد ٦/ ٣٧ ـ ٣٨.

فنكَحها رجلٌ فطلَّقها، قبل أن يمسَّها، أو طلّقَها رجل فتزوَّجَها عمرو بن حزم وطلَّقها قبل أن يمسَّها، فأتت النبيّ ﷺ تسألهُ: هلْ ترجعُ إلى زوجها الأول؟ فقال لها: «هل قربكِ؟»، قالت: يا رسول الله ما كانَ له إلا كهُدبةِ الثّوبِ فقال: «فلا إذاً حتى تذوقي عُسَيلته ويذوق عسيلتك».

وروي عن عبد الله بن عمر: أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجت بعده زوجاً فخلا بها وأغلق الباب وكشف القناع، إلا أنه لم يَطأ فسئل رسول الله ﷺ هل تحلُّ للأوّلِ إن طلَّقَها الثاني؟ فقال: «لا حَتّى تَذُوقِي عُسَيلته وَيَذُوق عُسَيلَتها»[1].

والعسيلة: مختلف فيها، فذهب أبو عبد القاسم بن سلام: إلى أنها لذة الجماع. وذهب آخرون: إلى أنها الإنزال، وذهب الشافعي وأكثر الفقهاء: إلى أنها الجماع، لأن اللذة زيادة، والإنزال غاية.

وقد روى عبدالله بن أبي مليكة، عن عائشة رضي الله تعالى عنها عن النبيّ ﷺ أنه قال: «العُسَيلَةُ هي الجماع»[2].

ولأنه إجماع الصحابة، روي ذلك عنْ علي، وعائشة، وجابر، وابن عمر، وأنس: أنها لا تحل للأول حتى يصيبها الثاني.

وقال عمر وعلي: حتى تذوق العسيلة، وهي ماؤه. وليس لهم في الصحابة مخالفة.

لأن الزوج الثاني شرط عقوبة للأول، وزجراً من الطلاق الثلاث لتدعوه الحمية والأنفة من نكاح الزوجة أن لا يطلقها ثلاثاً. لأنهم كانوا يطلقون ويراجعون، فلو حلَّت له بمجرد العقد من غير إصابة، لما دخله من الحمية والأنفة ما يمنعه من الثلاث، كما يدخله إذا وطئت؛ فلذلك صار الوطء مشروطاً.

فأما الآية وأن النكاح هو العقد دون الوطء، فعنها جوابان:

أحدهما: أن العقد حقيقة في النكاح، فجاز في الوطء. وقد يجوز أن يحمل على مجازه بدليل، والسنة أقوى دليل. قال الشافعي: فسرت السنة والكتاب، وأولى ما فُسِّرَ به القرآن هو السنة.

---

(١) حديث ابن عمر: أخرجه البيهقي ٧/ ٣٧٥.

(٢) حديث عائشة: أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٥٢ وأحمد ٦/ ٦٢ والحلية لأبي نعيم ٩/ ٢٢٦ والمطالب لابن حجر ١٦٦٢.

والثاني: أن الكتاب أوجب شرطاً هو العقد، والسنة أوجبت شرطاً ثانياً وهو الإصابة، فاقتضى وجوب أحدهما بالكتاب، ووجوب الآخر بالسنة.

وأما تحريم المصاهرة، فلا يجوز أن يعتبر به حكم الإباحة، لأن التحريم أوسع لحصوله بالوطء من غير عقد، كالوطء بشبهة، كذلك بالعقد من غير وطء. والإباحة لما لم تثبت بالوطء من غير عقد، ولا بالفاسد من العقود، لم يثبت بمجرد العقد من غير وطء.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فلا تحلّ للأول بعد الطلاق الثلاث إلا بخمسة شروط:

أحدها: أن تنقضي عدتها منه.

والثاني: أن تنكح غيره.

والثالث: أن يطأها.

والرابع: أن يطلقها إمّا ثلاثاً أو دونها.

والخامس: أن تقضي منه عدتها فتحل حينئذ للأول أن ينكحها، غير أن المقصود بها الإباحة في هذه الشروط الخمسة شرطان: العقد، والإصابة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِذَا أَصَابَهَا بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَغَيَّبَ الحَشَفَةَ فِي فَرْجِهَا، فَقَدْ ذَاقَا العُسَيلَةَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. بيَّن الشافعي بهذا صفة الشرطين.

أما العقد، فهو أن يكون صحيحاً غير فاسد، لأن الأحكام إذا اختصت بالعقود تعلقت بالصحيح منها دون الفاسد. ألا تراه لو حلف لا يعقد نكاحاً ولا بيعاً، فعقدهما عقداً فاسداً، لم يحنث؟.

وأما الوطء، فيكون في القبل بتغييب الحشفة فيه. فأما الوطء في الدبر أو فيما دون الفرج، فلا تتعلق به الإباحة، لأنه لا يكون معه ذوق العسيلة، وإن كمل به المهر ووجبت به العدة، فيكون الوطء في الدبر مخالفاً لحكم الوطء في القبل في أربعة مواضع: للإحلال، والاحصان، والإيلاء، والعنة. وموافقاً له فيما سوى هذه الأربعة.

وإذا لم يحلها إلا بالوطء في القبل، فلا يكون بدون تغييب الحشفة، لأن فساد الصوم ووجوب الكفارة فيه، وكمال المهر ووجوب الحد والغسل، إنما يتعلق بتغييب

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧.

الحشفة ليلتقي بها الختانان، ولا يتعلق بما دونها، كذلك حكم الإباحة. وسواء حصل مع تغييب الحشفة إنزال أو لم يحصل، لأنهما قد ذاقا العسيلة بتغييبها، وإن لم ينزلا؛ وكما يتعلق بها سائر الأحكام مع عدم الإنزال.

فصل: وإذا كانت بكراً، فالإصابة التي تحل بها للزوج الأول أن يفتضها. وليس الافتضاض شرطاً في الإباحة، وإنما هو شرط في التقاء الختانين، والتقاء الختانين شرط في الإباحة. لأن مدخل الذكر في مخرج الحيض، وهو في البكر يضيق عن مدخل الذكر. فإذا دخل، اتسع به الثقب، فانخرقت به الجلدة، فزالت البكارة التي هي ضيق الثقب، فكان هو الافتضاض. فلو أراد الثاني افتضاضها بوطئه، أحلها.

والإفتضاض: هو خرق الحاجز الذي بين مخرج الحيض وهو مدخل الذكر، وبين مخرج البول، وهذا يحلها لأنه أريد من الافتضاض والتقاء الختانين، فكان أبلغ في الإباحة.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسَوَاءٌ قَوِيُّ الْجِمَاعِ وَضَعِيفُهُ لَا يُدْخِلُهُ إِلَّا بِيَدِهِ أَوْ بِيَدِهَا)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا فرق في وطء الثاني بين أن يكون قوي الجماع، أو ضعيفه، لأنه قد يذوق به العسيلة وإن كان ضعيفاً.

فأما قوله: «أدخله بيده أو يدها» فإن كان بعد انتشاره، فسواء أدخله بيده أو استدخلته المرأة بيدها في حصول الإباحة به.

فأما إن لم ينتشر عليه فأدخله غير منتشر بيده أو يدها، قال أبو حامد الإسفراييني: لا تحصل به الإباحة، ولا تتعلق به أحكام الوطء، ولا يجب به الغسل، لأن عرف الوطء لا يتناوله، فلم يتعلق عليه حكم. ولأن العسيلة إنما تكون بالشهوة، والشهوة إنما تكون مع الانتشار.

وهذا الذي قاله ليس بصحيح، بل تغييب الحشفة في الفرج، وإن كان الذكر غير منتشر يتعلق به أحكام الوطء بالذكر المنتشر، لأن لين الذكر ضعف، وانتشاره قوة. وضعف الجماع وقوته سواء، فكذلك لين الذكر وانتشاره سواء، إذا أمكن دخول الحشفة

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧.

مع لينه، ولأن وجود اللذة في ذوق العسيلة غير معتبر. ألا تراه لو وطئها وهي نائمة أحلها إن لم تَذُقْ عسيلته، ولو استدخلت ذكره وهو نائم حلت، وإن لم يذق عسيلتها، فكذلك إذا كان غير منتشر؟.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَوْ كَانَ ذَلِكَ مِنْ صَبِيٍّ مُرَاهِقٍ، أَوْ مَجْبُوبٍ بَقِيَ لَهُ قَدْرُ مَا يُغَيِّبُهُ تَغْيِيبَ غَيْرَ الخَصِيِّ، وَسَوَاءٌ كُلُّ زَوْجٍ وَزَوْجَةٍ)[1].

قال الماوردي: أما إذا كان الزوج الثاني غير بالغ، وقد عقد عليها نكاحاً صحيحاً، فله حالتان:

إحداهما: أن يكون مراهقاً قد انتشر ذكره ويطأ مثله، فوطؤه يحلها للأول، كالبالغ.

والحال الثانية: أن يكون طفلاً لا يطأ مثله، ولا ينتشر ذكره، فالوطء مستحيل من مثله، وإنما يكون استدخال ذكره عبثاً فلا يتعلق به إحلال، فخالف البالغ إذا أولج من غير انتشار؛ لأنهما يختلفان في انطلاق اسم الوطء عليها، فاختلفا في حكمه.

وأما الخصي، فهو: المسلول الانثيين، السليم الذكر، فوطؤه يحلها كالفحل، بل وطؤه أقوى لعدم إنزاله، وقلة فتوره.

فأما المجبوب، وهو: المقطوع الذكر، فإن لم يبق منه شيء يمكنه إيلاجه استحال الوطء منه فلم يحلها، وإن بقي منه ما يمكن إيلاجه، فإن كان دون مقدار الحشفة لم يحلها لأن السليم الذكر لو أولج دون الحشفة لم يحل. وإن كان الباقي منه بمثل مقدار الحشفة فما زاد أحلها، وهل يعتبر في إحلاله تغييب قدر الحشفة فيه، أو يعتبر تغييب جميعه؟ على وجهين:

أحدهما: يعتبر منه تغييب قدر الحشفة. فإذا غيب من باقي ذكره قدر الحشفة، أحل.

والوجه الثاني: لا يحلها إلا بتغييب جميع الباقي، لأن ذهاب الحشفة منه قد أسقط حكمها، فانتقل إلى الباقي بعدها.

فصل: قال الشافعي: «وسواء كل زوج وزوجة» يعني: أنه لا فرق بين أن يكون الزوج

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧.

حراً، أو عبداً، أو مسلماً، أو كافراً مع الزوجة الكافرة عاقلاً أو مجنوناً. وكذلك الزوجة، لا فرق بين أن تكون حرة، أو أمة مسلمة، أو كافرة، عاقلة، أو مجنونة، لأنها إصابة من زوج في نكاح صحيح..

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَصَابَهَا صَائِمَةً أَوْ مُحْرِمَةً أَسَاءَ وَقَدْ أَحَلَّهَا)[1].

قال الماوردي: الوطء المحرم على ضربين:

أحدهما: أن يكون مع صحة العقد.

والثاني: أن يكون لفساد العقد.

فأما تحريمه والعقد صحيح، فكالوطء في حيض أو صوم أو إحرام، فهو يحلها وإن حرم، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: لا يحلها حتى تكون حلالاً، فإن كان حراماً لا تحل كالزنا، وكالوطء مع فساد العقد.

وهذا فاسد، لقول النبيّ ﷺ: «لا حتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ ويذوقَ عُسَيْلتكِ»[2] فجعل الإباحة بشرطين العقد وذوق العسيلة، وقد وجدا فوجب أن يوجدا الإباحة، ولأنه وطء في نكاح صحيح، فوجب أن يتعلق به التحليل كالمباح. فأما الزنا فلا يحل، لأن الله تعالى شرط فيه نكاح زوج.

وأما الوطء في النكاح الفاسد، فالمنصوص عليه في الجديد والمشهور من مذهبه في القديم: أنه لا يحلها كالوطء في نكاح المتعة والشغار كالنكاح بغير ولي، لأنه لا يستند إلى صحة عقد، وإن سقط فيه الحد فاشتبه الوطء بالشبهة، إذا خلا عن عقد.

وقد خرج قول آخر في القديم من نكاح المحلل: أنه يحلها للزوج، لأنه قد يتعلق به أحكام النكاح الصحيح في وجوب المهر والعدة ولحوق النسب، وهذا التعليل يفسد بوطء الشبهة.

فصل: وأما نكاح المحلل فهو أن يحل. فالمطلقة ثلاثاً إذا نكحت زوجاً لتحل به للأول

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧.

(٢) سبق تخريجه.

أن لا يطلقها ويتمسك بها، فتشترط عليه أنها تنكحه ليحلها للزوج الأول حتى تعود إليه، فهذا محظور.

روى سفيان، عن عبدالله بن شريك العامري قال: سمعت ابن عمر يقول: «لعنَ رسولُ الله ﷺ المستحِلَّ والمستحَلَّ له» وكلاهما وإن كان إلى عشر سنين، وإن كان إلى عشرين سنة، وإن كان إلى ثلاثين[1].

روى الليث عن مسرح، عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: **«ألا أخبِرُكُمْ بالتَّيْس المستَعَارِ؟»** قالوا: بلى قال: **«هو المحلُّ»** ثم قال: **«لعَنَ اللَّهُ المحلَّ والمحلّل له»**[2] فإذا تقرر وحظر هذا الشرط فهو على ضربين:

أحدهما: أن يتقدم العقد، فلا تأثير له في فساد العقد، لأن ما تقدم العقود من الشروط لا تلزم، فصار وجود الشرط المتقدم كعدمه، غير أننا نكرهه. وهكذا، لو أضمره الزوجان ولم يشترطاه، كرهناه لما قدمناه في النكاح والبيوع. وإن كل شرط لو انطلق به في العقد أفسده، فمكروه إضماره وإن لم يفسده.

والضرب الثاني: أن يصرحا باشتراطه في العقد، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط عليه في عقد النكاح أن ينكحها على أن يحلها للزوج الأول، فهذا الشرط الأول مكروه، والعقد معه صحيح، لأنه لم يشترط عليه الفرقة. وهكذا حكم نكاحه أن يحلها للزوج الأول، وإن لم يشترط فلم يؤثر فيه الشرط. فإن أقام الزوج الثاني معها، لم يجز أن يؤخذ بطلاقها، فإن طلقها مختاراً أحلها.

والقسم الثاني: أن يشترط عليه في العقد أن ينكحها على أن يحلها للزوج الأول، فإذا أحلها فلا نكاح بينهما، فهذا نكاح فاسد، لأنه نكاح إلى مدة. وهذا أفسد من نكاح المتعة، لأنه إلى مدة مجهولة، ونكاح المتعة إلى مدة معلومة، وهل يحلها للزوج الأول إذا أصابها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في الجديد: إنه لا يحلها، لأن فساد العقد قد سلبه حكمه وأجرى عليه حكم الشبهة.

---

(١) حديث ابن عمر: أخرجه عبد الرزاق موقوفاً (١٠٧٨٨).

(٢) حديث عقبة بن عامر: أخرجه البيهقي ٧/ ٢٠٨.

والقول الثاني: وهو قوله في القديم: إنه يحلها للزوج الأول.

واختلف أصحابنا في علة إحلالها له، فذهب أبو علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين: إلى أن العلة فيه إنها موطوءة باسم النكاح. فعلى هذا، يكون حكم الوطء في كل نكاح فاسد كحكمه في نكاح المحلل.

وذهب البصريون: إلى أن العلة فيه إطلاق النبيّ ﷺ اسم الإحلال عليه في نهيه عنه فعلى هذا يكون حكم الوطء في غيره من المناكح الفاسدة غير محلٍّ لها بخلافه، لاختصاصه بهذا الاسم دون غيره.

والقسم الثالث: أن يتزوجها على أنه إذا أحلها للزوج الأول بوطئه طلقها، ففي فساد هذا العقد قولان:

أحدهما: أنه فاسد، لأنه غير مؤبد، فأشبه قوله: على أنني إذا أحللتك فلا نكاح بيننا. فعلى هذا، هل يحلها أم لا؟ على القولين الماضيين:

على الجديد: لا يحلها، وعلى القديم: يحلها. وفي العلة وجهان.

والقول الثاني: إنه نكاح صحيح. لأنه نكاح قرِن بشرط فاسدٍ فبطل الشرط، وثبت العقد. فعلى هذا، هو بالخيار بعد إصابتها بين: أن يطلقها، أو يقيم معها. وليس للشرط تأثير في إجباره على طلاقها، فإن طلقها مختاراً أحلها قولاً واحداً لصحة نكاحه.

فصل: والمخرج لمن أراد الاستحلال وأن يتحرز من فساد العقد ومن امتناع الثاني من الطلاق، ومن إحبالها بالوطء: أن تزوج بعبد مراهق لم يبلغ، فإذا أصابها وهب لها، فيبطل النكاح بالهبة لأنها ملكت زوجها، وقد حلّت بإصابته للزوج الأول، وأمنت منه الإحبال لعدم البلوغ.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَصَابَ الذِّمِّيَّةَ زَوْجٌ ذِمِّيٌّ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، أَحَلَّهَا لِلْمُسْلِمِ، لأَنَّهُ زَوْجٌ وَرَجَمَ النَّبِيُّ ﷺ يَهُودِيَّيْنِ زَنَيَا، وَلاَ يَرْجُمُ إِلاَّ مُحْصَناً)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا طلق المسلم زوجته الذمية ثلاثاً، فنكحت زوجاً ذمياً، وأصابها، حلت بإصابته للمسلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧.

وقال مالك: لا يحلها. بناء على أصله في فساد مناكحهم.

وقد مضت هذه المسألة في كتاب النكاح وذكرنا العفو عن مناكحهم، وجواز الإقامة عليها بعد إسلامهم وقد أقرّ رسول الله ﷺ أبا العاص بن الربيع بعد إسلامه على نكاح ابنته زينب بالعقد الأول[١]، ثم من الدليل على هذه المسألة مع عموم قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٢]. أن رسول الله ﷺ رجم يهوديين زنيا، ولا يرجم إلا محصنين، ولا يكونا محصنين إلا بالإصابة في نكاح صحيح، ولأنه نكاح يقر عليه أهله، فأجرى عليه حكم الصحة كنكاح المسلمين.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَتِ الإِصَابَةُ بَعْدَ رِدَّةِ أَحَدِهِمَا، ثُمَّ رَجَعَ الْمُرْتَدُّ مِنْهُمَا، لَمْ تُحِلَّهَا الإِصَابَةُ، لأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ فِي تِلْكَ الْحَالِ. قَالَ الْمُزَنِيُّ رحمه الله: لاَ مَعْنَى لِرُجُوعِ الْمُرْتَدِّ مِنْهُمَا عِنْدَهُ، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، إلاَّ فِي الَّتِي قَدْ أَحَلَّتْهَا إِصَابَتُهُ إِيَّاهَا لِلزَّوْجِ قَبْلَهُ. الفصل)[٣]

قال الماوردي: وصورتها: في المطلقة ثلاثاً إذا نكحت زوجاً فأصابها الزوج في حال ردته أو ردتها، لم يحلها الوطء في الردة للزوج الأول، لأنها بالردة جارية في فرقة، فصار الوطء فيه مع تحريمه مصادفاً لعقد مسلم يفضي إلى فسخ، فزال عنه حكم الوطء في العقد الصحيح. ومن هذا الوجه خالف الصائمة والمحرمة والحائض، لأنه وإن كان محرماً فقد صادف عقداً كاملاً لم يتثلّم شيء منه، فلذلك افترقا في الإباحة.

فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي في تصوير هذه المسألة، وذكر أنها مستحيلة، لأن الردة إن طرأت على النكاح قبل الدخول بطل العقد، وكان الوطء بعده وطئاً في غير عقد. لأن غير المدخول بها لا عدة عليها بالفرقة، فإذا طرأ ما يوجب الفرقة بانت. وإن كانت الردة بعد الدخول بها، فتلك الإصابة التي كانت قبل الردة قد أحلها للزوج الأول، فلم يعتبر إصابتها في الردة.

وظاهر الاعتراض صحيح، غير أن أصحابنا خرجوا لصحة المسألة والجواب عن هذا الاعتراض وجوهاً:

---

(١) سبق تخريجه في النكاح.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٣) مختصر المزني: ص ١٩٧. وتتمة الفصل: «فإن كانت غير مدخول بها فقد انفسخ النكاح في قوله، ولها مهر مثلها بالإصابة، وإن كانت مدخولاً بها فقد أحلها إصابته إياها قبل الردّة، فكيف لا يحلُّها؟ فتفهمّ».

أحدها: أنه صورها على قوله في القديم: أن الخلوة توجب العدة، وكمال المهر، وإن لم يقع بها الإحلال للأول. فإذا ارتدت كان نكاحها موقوفاً على انقضاء عدتها، فإذا أصابها في حال الردة لم يحلها. فأما على مذهبه في الجديد: في أن الخلوة لا توجب العدة، فلا يتصور.

والثاني: أن صورتها على قوله في الجديد والقديم معاً: في الموطؤة في الدبر تجب العدة عليها ويكمل المهر لها، ولا يحلها الزوج الأول. فإذا ارتدت بعده، كان نكاحها موقوفاً على انقضاء العدة. فإن أصابها في الردة، لم يحلها.

والثالث: أنها مصورة في موطوءة دون الفرج إذا استدخلت ماء الزوج، وجبت العدة عليها، وإن لم يحلها. فإذا ارتدت، كان نكاحها موقوفاً على انقضاء العدة لوجوب العدة عليها. فلو وطئها في الردة لم يحلها، وهذا إنما قاله الشافعي على مذهبه في الجديد، والصحيح من مذهبه في القديم: أن الوطء في النكاح الفاسد لا يحلها.

فأما إن قيل: بتخريج قوله الثاني، فالوطء في الردة أولى أن يحلها. لأنه إذا أحلها ما صادف عقداً فاسداً، فأولى أن يحلها ما صادف عقداً صحيحاً موقوفاً متثلماً. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ذَكَرَتَ أَنَّهَا نُكِحَتْ نِكَاحاً صَحِيحاً وَأُصِيبَتْ، وَلاَ نَعْلَمُ حَلَّتْ لَهُ. وَإِنْ وَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهَا كَاذِبَةٌ، فَالوَرَعُ أَنْ لاَ يَفْعَلَ)**[1].

قال الماوردي: وصورتها: في المطلقة ثلاثاً إذا ادعت أنها نكحت بعد انقضاء عدتها زوجاً دخل بها، وأنه طلقها وانقضت منه عدتها ليتزوجها الأول، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقصر الزمان عن انقضاء عدتين وعقد وإصابة، فقولها مردود للإحاطة بكذبها.

والضرب الثاني: أن يكون الزمان متسعاً لذلك، فلا تخلو حال الزوج الأول معها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتيقن كذبها فيحرم عليه أن يتزوجها.

والثاني: أن يتيقن صدقها فيجوز نكاحها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧.

والثالث: أن لا يتيقن صدقها ولا كذبها.

فإن وقع في نفسه صدقها، حل له أن يتزوجها حكماً وورعاً. وإن وقع في نفسه كذبها، كرهنا له ورعاً أن يتزوجها، وجاز له في الحكم أن يتزوجها لأنها مؤتمنة على نفسها، لا سيما فيما لا يمكنها إقامة البينة عليه من الإصابة وانقضاء العدة، فجاز في الشرع الرجوع إلى قولها، والعمل عليه مع جواز كذبها. كالمحدث إذا غاب وعاد، فذكر أنه توضأ، جاز الائتمام به مع جواز كذبه؛ لأن إقامة البينة على نيته متعذرة. ولأنه لما جاز قبول قولها في الإصابة، وهو أحد شرطي الإباحة، جاز قبول قولها في الشرط الثاني وهو العقد. ولأنه لو غاب مع زوجته ثم عاد فذكر موت زوجته، حلّ لأختها أن تتزوج به، ويكون قوله في الموت مقبولاً. ولكن لو غابت زوجته مع أختها، ثم قدمت الأخت فذكرت له موت زوجته، لم يحل له العقد على أختها إلا بعد أن يتيقن زوال ملكه. وليس كذلك الأخت، لأنها لا ملك لها، فجاز أن يرجع إلى قول الزوج في موت أختها.

ولو قالت المطلقة ثلاثاً: نكحت زيداً وطلقني بعد الإصابة، فقال زيد: طلقتها قبل الإصابة، لم تقبل دعوى الإصابة لأنها تدخل على الثاني ضرراً في تكميل المهر، فلم يقبل قولها فيه، وغير مدخلة على الأول ضرراً، فقبل قولها فيه.

فلو قال زيد: لم أتزوجها. وقالت: قد تزوجني وأصابني وطلقني، قبل قولها في إحلالها للأول، وإذا كذبها الثاني لما ذكرنا من ائتمانها على نفسها، وإن لم يقبل على الثاني. فلو أقرَّ زيد بتزويجها وإصابتها، وادعت عليه طلاقها، فأنكرها، حرمت على الأول أن يراجعها؛ لأن إنكار الثاني لطلاقها موجب لبقائها على نكاحه، فلم يجز لغيره أن ينكحها ولا يصدق عليه في طلاقها.

فصل: وإذا طلق الحر زوجته الأمة ثلاثاً، فوطئها السيد بملك اليمين، لم يحل به للزوج، لأن الله تعالى إنما أحلها بالإصابة من زوج. ولو اشتراها الزوج قبل أن يستحل بزوج، فهل تحل له قبل إصابة زوج أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تحل، لأن إصابة الزوج شرط في عقد النكاح، لا في ملك اليمين.

والوجه الثاني: أنها لا تحل له إلا بعد إصابة زوج، لأنها محرمة العين عليه إلا بوجود هذا الشرط.

فصل: وإذا تزوجها ثانٍ فوجدها على فراشه، فظنها أجنبية، فوطئها قاصداً بوطئها الزنى، حلّت بهذا الوطء للزوج الأول، لأنه وطء صادف نكاحاً صحيحاً، وإن قصد به أن يكون سفاحاً. ولو آوى إلى فراشه فوجد فيه امرأة فظنها زوجته، فوطئها، ثم بان أنها هذه المطلقة ثلاثاً، لم تحل بهذا الوطء للزوج الأول، لأنه وطء في غير عقد، وإن اعتقد الواطىء أنه في عقد. والله أعلم بالصواب .

باب الإيلاء[١]

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قال اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[٢] الآيَةَ).

قال الماوردي: أما الإيلاء في كلامهم، فهو الحلف. يقال: آلى يولي إيلاء، فهو مولٍ إذا حلف، فالإيلاء المصدر، وآلى ألية: الاسم. قال جرير[٣]:

ولا خير في مال عليه ألية ولا في يمين عقدت بالمآثم

وجمع الألية آلايا، قال الشاعر:

قليل الآلايا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت

فإن اشتققت الافتعال من الألية قلت: أيتلى يأتلي إيتلاء، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُو الفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ أَن يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى﴾[٤].

والإيلاء في اللغة هي: كل يمين حلف بها حالف على زوجة، أو غير زوجة، في طاعة أو معصية.

فأما الإيلاء في الشرع: فهو الحلف على زوجته أن لا يطأها مدة يصير بها مولياً على ما سنذكره.

فصل: قال الشافعي في كتاب الأم: «كانت الفرق في الجاهلية بثلاثة أشياء: بالطلاق، والظهار، والإيلاء. فنقل الله تعالى الإيلاء والظهار عما كانا عليه في الجاهلية من إيقاع

---

(١) في المختصر: باب الايلاء، مختصر من الجامع، من كتاب الايلاء قديم وجديد والاملاء وما دخل فيه من الأمالي على مسائل مالك، ومن مسائل ابن القاسم من إباحة الطلاق وغير ذلك.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٧. والآية ٢٢٦ من سورة البقرة.

(٣) جرير من شعراء العصر الأموي، سبق التعريف به.

(٤) سورة النور، الآية: ٢٢.

الفرقة على الزوجة إلى ما استقر عليه حكمها في الشرع، وبقي حكم الطلاق على ما كان عليه».

والأصل في بيان حكم الإيلاء: قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ﴾[1] وفي الكلام حذف، وتقديره: للذي يؤلون أن يعتزلوا من نسائهم، فترك أن يعتزلوا اكتفاءاً بما دل عليه ظاهره، وفيه قولان:

أحدهما: أنه لا يكون مولياً إلا بالله تعالى.

والثاني: أنه يكون مولياً بكل يمين التزم بالحنث فيها، ما لم يكن لازماً له، سواء كان حالفاً بالله تعالى، أو بالعتق والطلاق.

وفيما يصير بالحلف عليه مولياً قولان:

أحدهما: اليمين على زوجته أن لا يطأها، فيكون يمينه على الامتناع من وطئها هو الإيلاء، وهذا هو قول الشافعي والجمهور، ولا يكون مولياً إذا حلف على غير الوطء.

والثاني: أن الإيلاء هو الحلف على مساس زوجته، سواء كانت على الوطء أو على غيره، إذا قصد الإضرار بها. وهو قول: أبي قلابة، وإبراهيم النخعي.

ثم قال سبحانه: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[2] يعني: انتظار أربعة أشهر، وهذه أربعة أشهر يؤجل بها المولي، وفيها مذهبان:

أحدهما: أنها أجل مقدر لوقوع الطلاق بعده، وهذا قول أبي حنيفة ومن وافقه.

والثاني: أنها أجل لاستحقاق المطالبة بعدها، وهذا قول الشافعي ومن وافقه.

ثم قال ﴿فَإِنْ فَاءُوا﴾[3] أي: رجعوا، والفيئة: الرجوع ، فإن الله تعالى قال: ﴿حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾[4] أي: ترجع، ومنه قول الشاعر.

ففاءت ولم تقض الذي أقبلت له ... ومن حاجة الإنسان مما ليس قاضيا

وفيما أريد بالفيئة ها هنا قولان:

أحدهما: الجماع، وهو قول الجمهور.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٤) سورة الحجرات، الآية: ٩.

والثاني: هو المراجعة باللسان بكل ما أزال مساءتها ودفع الضرر عنها، وهذا قول من زعم أن الإيلاء هو اليمين على مساءتها وقصد الإضرار بها.

﴿فإن الله غفور رحيم﴾[1]، فيه تأويلان:

أحدهما: غفور لمآثمه مع وجوب الكفارة عليه، وهذا قول الجمهور.

والثاني: غفور في تخفيف الكفارة وإسقاطها، وهذا قول الحسن، وإبراهيم، ومن زعم أن الكفارة لا تلزم فيما كان الحنث فيه براً.

﴿وإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾[2] وفي عزيمته، تأويلان:

أحدهما: أن الطلاق أن لا يفيء حتى تمضي أربعة أشهر، فتطلق بمضيها. واختلف من قال بهذا في الطلاق الذي يلحقها على قولين:

أحدهما: طلقة بائنة، وهو قول: عبد الله بن مسعود، وزيد بن ثابت، وابن عباس، وأبي حنيفة.

والثاني: طلقة رجعية، وهو قول: سعيد بن المسيب، وأبي بكر بن عبد الرحمٰن، وابن شبرمة رحمهم الله تعالى.

والتأويل الثاني: أن عزيمة الطلاق أن يطالب بالفيئة، أو بالطلاق بعد أربعة أشهر فلا يفيء ويطلق. وهذا قول: عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأبو الدرداء، وعائشة، وأكثر الصحابة رضي الله عنهم والتابعين، وبه قال الشافعي وأكثر الفقهاء رضي الله عنهم.

﴿فَإِنَّ اللَّهِ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[3] فيه تأويلان:

أحدهما: سميع لإيلائه، عليم بنيته.

والثاني: سميع لطلاقه، عليم بصبره.

فصل: اختلف أصحابنافي الإيلاء: هل عمل به في صدر الإسلام قبل نسخه؟.

فقال بعضهم: عمل به قبل النسخ، ثم نسخ إلى ما استقر عليه حكمه.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٧.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٧.

وقال جمهورهم: بل لم يعمل به قبل نسخه. وإنما روى أبو هريرة وجابر: «أن النبي ﷺ آلى من نسائه شهراً، فنزل إليهن ليلة تسع وعشرين»(١).

وروى ابن عباس عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «يا رسول الله أطلّقْتَ نساءَك فقال: لا، ولكني آليت شهراً»(٢).

وسبب ذلك: ما روته عمرة أن هدية بعثت إلى رسول الله ﷺ وهو عند عائشة فقال لها: ابعثي إلى النساء بأنصابهن، ففعلت وبعثت إلى زينب بنت جحش بنصيبها فردته فقال: زيديها فزادتها فردته فقال: زيديها، فزادتها، فردته فقال: زيديها، فقالت عائشة: لقد أقمأتك هذه، فغضب وقال: أنتنَّ أهونُ على الله من أن تقمئنني وآلى منهن شهراً، وصعد إلى مشربته فتخلى، فلما مضت تسعة وعشرون ليلة نزل إليهن(٣) والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ عَلَى أَنْ لَا سَبِيلَ عَلَى المَوْلَى لامْرَأَتِهِ حَتَّى يَمْضِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ، كَمَا لَوِ ابْتَاعَ بَيْعاً أَوْ ضَمِنَ شَيْئاً إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ سَبِيلٌ حَتَّى يَمْضِيَ الأَجَلُ)(٤).

قال الماوردي: أصل هذا، اختلاف الفقهاء في المدة التي يصير بها مولياً، يؤخذ بحكم الإيلاء على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنه يكون مولياً إذا حلف على الإمتناع من وطئها في أي زمان كان، قلّ أو كثر، وهذا مذهب: الحسن البصري، وابن أبي ليلى، لأنها يمين تمنعه من الوطء، فأشبه الزمان المقدر.

والثاني: أن لا يكون مولياً حتى يحلف على الامتناع من وطئها على الأبد، فإن قدر ذلك بزمان وإن طال، لم يكن مولياً، وهذا مذهب ابن عباس، لأنه إذا قدره بزمان قدر على

---

(١) أخرجه البخاري من حديث أنس في النكاح (٥٢٠١) والأيمان (٦٦٨٤) ومسلم في الصوم (١٩١١) والنسائي ٦/ ١٦٦ ـ ١٦٧ والبيهقي ٧/ ٣٨١ وأحمد ٣/ ٢٠٠.

(٢) حديث ابن عباس، عن عمر بن الخطاب: وهو حديث أخرجه البخاري بطوله في المظالم (٢٤٦٨) والنكاح (٥١٩١). وفي التفسير (٤٩١٣) و(٤٩١٥) ومسلم (١٤٧٩) (٣٤) و(٣٥) والترمذي (٣٣١٨) والبيهقي ٧/ ٣٧ ـ ٣٨ وأحمد ١/ ٣٣ ـ ٣٤.

(٣) حديث عمرة: أخرجه أبو نعيم في الحلية ٩/ ٤٠.

(٤) مختصر المزني: ص ١٩٧ وتتمة المسألة: «قال سليمان بن يسار: أدركت بضعة عشر من أصحاب النبي ﷺ كلهم يوقف المولى، وكان علي وعثمان وعائشة وابن عمر وسليمان بن يسار يوقفون المولى».

الخلاص بمضي الزمان من غير ضرر فلم يصر مولياً، كما لو حلف على الامتناع من وطئها في مكان دون مكان.

والثالث: أن مدة الإيلاء تقدر بزمان لا يكون مولياً في أقل منه، ويكون مولياً في أكثر منه، وذلك أربعة أشهر مدة التربص التي ضربها الله تعالى للمولي أجلاً، وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه، ومالك، وأبي حنيفة رحمه الله، لأنها أكثر المدة التي يصبر النساء فيها عن الرجال.

وحكي: أنَّ عمرَ بن الخِطاب رضِي الله عنه كان يطوف ذاتَ ليلةٍ بالمدينة ليعرفَ أحوالَ ذوي الحَاجَاتِ فمرَّ بدارٍ فسمعَ فيها صوتَ امرأةٍ تقول:

ألا طالَ هذا الليلُ وازورَّ جانِبُه ... وليسَ إلى جَنْبي خليلٌ أُلَاعِبُه
فوالله لولا اللّهُ لا شيءَ غيرهُ ... لزعزعَ مِنْ هذا السرير جوانبُه
مخافَةَ ربِّي والحياءُ يكفني ... وأكرم زوجي أن تنال مراكِبُه

فسأل عنها، فذكر إنها قد غاب عنها في بعثِ الجهاد، فلما أصبح دعا بنساء عجائز وسألهن: كم تصبرُ المرأة عن الرجل؟فقلْن: شهرينِ وفي الثالث يقلُّ الصبرُ، وفي الرابع ينفذُ، فضرب لأجل المجاهدِ أربعةَ أشهرٍ، وكتب إلى أمراء الأجناد أن لا تحبِسُوا رجلاً عن امرأته أكثرَ من أربعة أشهر، وكتبَ إلى زوج المرأةَ فاستدعاه وقال: «الحَقْ سريرَكَ قبل أن تتحرَّك جوانِبُه»[1].

فصل: فإذَا ثبت أن مدة التربص في الإيلاء ما أجل الله فيه، فإن حلف على أقل من أربعة أشهر، لم يصر مولياً عند الشافعي، ومالك، وأبي حنيفة. وإن حلف على أكثر من أربعة أشهر، كان مولياً عندهم.

وإن حلف على أربعة أشهر سواء كان مولياً عند أبي حنيفة، لأنه يجعل المدة أجلاً لوقوع الطلاق بها، ولم يكن مولياً عند الشافعي ومالك، لأنهما يجعلان المدة أجلاً لاستحقاق المطالبة بعدها. وعلى هذا الخلاف، ينبني استحقاق المطالبة.

فعند أبي حنيفة: يستحق عليه المطالبة بحكم الإيلاء من الفيئة قبل مضي الأربعة الأشهر، فإذا مضت قبل أن يفيء طلقت.

(١) الأثر عن عمر: أخرجه سعيد بن منصور (٢٤٦٣) ومختصراً (٢٤٦٢). وبنحوه أخرجه البيهقي ٩/ ٢٩ من حديث ابن عمر عن مالك.

وعند الشافعي ومالك: إنها لا تستحق المطالبة إلا بعد مضي أربعة أشهر، فإذا مضت قبل أن يفيء استحقت مطالبته بالفيئه أو الطلاق، فصار الخلاف مع أبي حنيفة في فصلين:

أحدهما: استحقاق المطالبة عند أبي حنيفة: أنه مستحق قبل انقضاء المدة، وعند الشافعي: أنه مستحق بعدها.

والثاني: الطلاق عند أبي حنيفة: أنه يقع بمضي المدة طلقة بائنة. وعند الشافعي: إنه لا يقع الطلاق بانقضاء المدة حتى يطالب بعدها بالفيئة أو الطلاق، فإن لم يفيء أخذ بإيقاع الطلاق. وبه قال من الصحابة: عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وعائشة، وأبو الدرداء. ومن التابعين: عطاء، ومجاهد، وطاوس، وسليمان بن يسار. ومن الفقهاء: مالك، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور.

وروى الشافعي عن سفيان، عن يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار قال: أدركتُ بضعةَ عشرَ رجلاً من الصحابة كلُّهم، يوقف المولى[١] يعني: بعد أربعة أشهر.

وروى سهيل بن أبي صالح، عن أبيه قال: سألتُ أثني عشر رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ عن المولي فقالوا: «ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر»[٢].

فصل: فأما أبو حنيفة فاستدل على استحقاق المطالبة بالفيئة في المدة ووقوع الطلاق بانقضائها، بقوله تعالى: ﴿للذينَ يُؤْلُوْنَ من نسائِهِمْ تَرَبُّصُ أربعَةِ أَشْهُرٍ﴾[٣] الآية إلى قوله: ﴿فإن الله سميع عليم﴾[٤].

قال: وفيها ثلاثةٌ أدلة:

أحدها: أن عبد الله بن مسعود قرأ: (فإنْ فاءُوا فيهنَّ، فإنَّ اللَّهَ غَفُور رحيم) فأضاف الفيئة إلى المدة، فدل على استحقاق الفيئة فيها. وهذه القراءة وإن تفرد ابن مسعود بها تجري مجرى خبر الواحد في وجوب العمل به.

والدليل الثاني منها: أن الله تعالى جعل مدة الإيلاء أربعة أشهر، فلو كانت الفيئة بعدها لزادت على مدة النص وذلك لا يجوز.

---

(١) الأثر عن سليمان بن يسار: أخرجه الشافعي في الأم ٥/ ٢٦٥ والبيهقي ٧/ ٣٧٦ وسعيد بن منصور (١٩١٥) والدارقطني ٤/ ٦٢.

(٢) أخرجه البيهقي ٧/ ٣٧٧ والدارقطني ٤/ ٦١.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

والدليل الثالث منها: أنه لو وطئها في مدة الإيلاء وقعت الفيئة موقعها، فدل على استحقاق الفيئة فيها.

قال: ولأنها مدة شرعية ثبتت بالقول فيتعلق بها الفرقة، فوجب أن تتعقبها البينونة كالعدة. ولأنه قول تعلق به الفرقة إلى مدة، فوجب أن يقع بإنقضائها كما لو قال: إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُوْنَ من نِسَائِهِم تَرَبُّصُ أربعَةِ أشهُرٍ﴾[1] وفي هذه الآية ستة أدلة:

أحدها: أنه أضاف مدة الإيلاء إلى الأزواج، بقوله تعالى: ﴿لِلَّذِيْن يُؤْلُون﴾[2] فجعل المدة لهم، ولم يجعلها عليهم، فوجب أن لا تستحق المطالبة إلا بعد إنقضائها كأجل الدين.

والدليل الثاني: قوله: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[3] فذكر الفيئة بعد المدة بفاء التعقيب، فوجب أن يستحق بعدها، كما قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[4] فاقتضت فاء التعقيب أن يكون الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان بعد طلاق المرتين.

فإن قيل: فاء التعقيب في المدة يوجب أن يكون بعد الإيلاء لا بعد المدة، فهي محمولة على موجبها.

قيل: قد تقدم في الإية. ذكر الإيلاء، ثم تلاه المدة، ثم تعقبها ذكر الفيئة، فإذا أوجبت الفاء التعقيب بعد تقدم ذكره، لم يجز أن يعود إلى أبعد المذكورين، ووجب أن يعود إليهما، أو إلى أقربهما. وعلى أي هذين الأمرين كان، فهو قولنا.

والدليل الثالث: قوله : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾[5] فجعله واقعاً بعزم الأزواج لا بمضي المدة. وليس انقضاء المدة عزيمة، وإنما العزم ما عده من فعله كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[6].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.
(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.
(٥) سورة الطلاق، الآية: ٢٢٧.
(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥.

فإن قيل: فترك عزم الفيئة عزم على الطلاق، قيل: العزم ما كان عن اختيار وقصد، وهو لم يقصد ترك الوطء لشهوة، ووقع الطلاق عندهم وإن لم يكن من عزمه.

والدليل الرابع: أن الله تعالى خيره في الآية بين أمرين: الفيئة، أو الطلاق. والتخيير بين أمرين لا يكون إلا في حالة واحدة كالكفارات، ولو كان في حالتين لكان ترتيباً ولم يكن تخييراً.

والدليل الخامس: أن التخيير بين أمرين يوجب أن يكون فعلهما إليه، ليصح منه اختيار فعله وتركه، ولو لم يكن له فعله لبطل حكم خياره.

والدليل السادس: ذكره ابن سريج: أن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[1] فاقتضى أن يكون الطلاق عن قول مسموع.

فإن قيل: معناه أنه لم يزل سميعاً عليماً. قال: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[2].

قيل: لا يجوز حمله على هذا، لأنه معقول بغير هذه الآية، وكذا في آية الجهاد ﴿سميع﴾ لقولهم في التحريض، ﴿عليم﴾ بنيتهم في الجهاد.

ومن طريق المعنى هو: إنها مدة تقدرت بالشرع لم تتقدمها الفرقة، فوجب أن لا يقع بها البينونة كأجل العنة. وقولنا: تقدرت بالشرع، احترازاً من قوله: إذا مضت أربعة أشهر فأنا طالق.

وقولنا: لم تتقدمها الفرقة، احترازاً من العدة.

ومن أصحابنا من علل هذا الأصل بأوضح من هذا التعليل، فقال: لأنها مدة شرعت في النكاح بجماع منتظر، فوجب أن لا يقع بها الفرقة كأجل العنة. ولأنها يمين بالله تعالى توجب الكفارة، فلم يقع بها الطلاق كسائر الأيمان، وكالإيلاء على أقل من أربعة أشهر. ولأنه لفظ لا يصح أن يقع به الطلاق المعجل، فوجب أن لا يقع به الطلاق المؤجل، كالظهار. ولأن الإيلاء قد كان طلاقاً في الجاهلية فنسخ كالظهار، فلم يجز أن يقع به الطلاق، لأنه استيفاء حكم منسوخ. ولأن الطلاق يقع بصريح أو كناية، وليس الإيلاء صريحاً فيه ولا كناية. لأنه لو كان صريحاً لوقع معجلاً إن أطلق، أو إلى الأجل المسمى أن

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٧.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٤٤.

قيده. ولو كان كناية لرجع فيه إلى نيته، وليس الإيلاء كذلك. ولا ينتقض هذا الاستدلال باللعان حيث وقعت به الفرقة وإن لم يكن صريحاً ولا كناية، لأن اللعان يوقع الفسخ ولا يوقع الطلاق، والفسخ يقع بغير قول، والطلاق لا يقع إلا بقول.

وأما الجواب عن الآية بقراءة ابن مسعود فهو: أنه لم ينقلها ثقاة من أصحابه فشذت، والشاذ متروك. ولو ثبتت وجرت مجرى خبر الواحد، لحملت على جواز الفيئة في مدة التربص.

وأما الجواب عن قولهم: إنكم تزيدون على مدة التربص، فهو: أننا لا نزيد عليها، وإنما نقدر بها مطالبة الفيئة في مدة التربص.

وأما الجواب عن قولهم: إن جواز الفيئة فيها دليل على استحقاقها فيه، فهو: باطل بالدين المؤجل، يجوز تقديمه قبل أجله، ولا يدل ذلك على استحقاقه فيه.

وأما الجواب عن قياسهم على العدة مع انتقاضه بمدة العنة، فهو: أن المدة فيها لما تقدمتها الفرقة جاز أن تقع بها البينونة، ولما لم تتقدم مدة الإيلاء لم يجز أن تقع بها الفرقة.

وأما الجواب عن قياسهم إذا علق طلاقها بمضي أربعة أشهر مع انتقاضه بمدة العنة، إن المعنى فيه: أنه لو علق بأقل من أربعة أشهر وقع قبلها، ولو علق بأكثر من أربعة أشهر لم يقع قبلها، وليس الإيلاء عندهم كذلك. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلِيُّ المَوْلَى مَنْ حَلَفَ بِيَمِينٍ يَلْزَمُهُ بِهَا كَفَّارَةٌ، وَمَنْ أَوْجِبَ عَلَى نِفْسِهِ شَيْئاً يَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا أَوْجَبَهُ، فَأَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ إِنْ جَامَعَ امْرَأَتَهُ فَهُوَ فِي مَعْنَى المَوْلَى)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا: أن الإيلاء يمين يحلفه بها على الامتناع من وطئها. فإن كانت هي اليمين لا يجب عليه بالحنث فيها شيء، كاليمين بالمخلوقات كالأنبياء والملائكة والسماء والعرش لم يكن مولياً، لأنه خارج عن حكم الأيمان، فخرج عن حكم الإيلاء. وإن أوجب عليه الحنث في يمينه شيئاً، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون يمينه بالله تعالى، أو باسم من أسمائه، أو بصفة من صفات ذاته، يجب عليه بالحنث فيها كفارة، فهذا مولى يؤخذ بحكم الإيلاء.

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧.

والضرب الثاني: أن يكون بغير الله تعالى. وهو أن يحلف بالعتق، أو الطلاق، أو الصدقة، أو الصيام، كأن قال: إن وطئتك فعبدي حر، أو أنت طالق، أو عمرة طالق لزوجة له أخرى، أو مالي صدقة، أو علي الحج إلى بيت الله، أو صيام يوم، أو صلاة ركعتين، أو اعتكاف شهر، إلى ما جرى هذا المجرى من الأيمان التي إذا حنث فيها لزمه مالم يكن لازماً له فيكون حالفاً. وهل يصير بهذا الحلف مولياً يؤخذ بحكم الإيلاء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: لا يكون مولياً ما لم يحلف بالله تعالى، لقول الله سبحانه: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾[1] ثم قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾[2] يعني: بالله.

ثم قال: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾[3] فعطف به على اليمين بالله، فاقتضى أن لا يكون مولياً إلا به. ولأن مطلق الأيمان محمولة عرفاً وشرعاً على اليمين بالله:

أما العرف، فلأنه إذا قيل: فلان قد حلف، لم يعرف منه إلا الحلف بالله، إلا أن يقيد فيقال: حلف بالعتق، أو الطلاق.

وأما الشرع، فلقول النبي ﷺ: «مَنْ كانَ حالِفاً فليحلِفْ بالله أو فليصمُت[4]» فوجب أن يكون إطلاق الإيلاء محمولاً على هذا المعهود من عرف، أو شرع، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[5] وغفران المآثم يتوجه إلى الأيمان بالله تعالى، دون العتق والطلاق.

ولأن الإيلاء هو الذي يستضر بالحنث فيه، فيلتزم ما لم يكن لازماً له. واليمين بالعتق والطلاق قد لا يستضر بالحنث فيها، وهو أن يطأ بعد بيع عبده أو طلاق زوجته فلا يلتزم بالحنث بالوطء، فوجب أن لا يكون مولياً. كما لو قال: واللهِ لا وطئتك في هذه الدار، أو في هذا البلد، لم يكن مولياً وإن كان حالفاً، لأنه قد يطأها في غير تلك الدار، وفي غير ذلك البلد، فلا يحنث.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٤.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٥٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٤) حديث ابن عمر: أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٤٨٠ والبخاري في الأيمان (٦٦٤٦) ومسلم في الأيمان (١٦٤٦) (٣) و(٤) والترمذي (١٥٣٤) والبيهقي ١٠/ ٢٨ وأحمد ٢/ ١١ والبغوي (٢٤٣١).

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: إنه يكون مولياً، سواء كانت يمينه بالعتق أو بالطلاق، أو كانت بالصلاة والصيام.

وقال أبو يوسف: لا يكون مولياً إذا حلف بالصلاة والصيام، ويكون مولياً إذا حلف بالعتق والطلاق. ولا فرق بينهم على القولين.

ووجه قولنا: أنه يكون مولياً بجيمع ذلك لقول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾[1] فكان على عمومه في كل حالف، وإذا كان اللفظ مطلقاً، كان إجراؤه على العموم أولى من حمله على الخصوص. ولأنها يمين يلتزم بالحنث فيها ما لم يلزمه، فاقتضى أن يكون مولياً كاليمين بالله تعالى. ولأن الإيلاء ما أدخل الضرر على المولى، وقد يكون الضرر في يمينه بالعتق والطلاق من الضرر من يمينه بالله، فكان أولى أن يكون بهما مولياً.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه القولين، فعلى الثاني منهما يكون التفريع.

فإذا قال: إن وطئتك فعبدي حر، عتق بوطئها. ولو قال: فلله عليَّ أنْ أعتقه، لم يعتق بالوطء، وكان مخيراً بين عتقه أو كفارة، وهو في الحالين مولى.

ولو قال: إن وطئتك فزينب طالق، فوطئها، طلقت زينب ويكون مولياً. ولو قال: إن وطئتك فعلي طلاق زينب، لم يكن مولياً. لأنه أن وطئها لم تطلق زينب ولم يلزمه طلاقها بخلاف العتق.

ولو قال: إن وطئتك فلله عليَّ أن أقف داري، كان مولياً. ولو قال: فداري وقف، لم يكن مولياً بخلاف العتق، لأنه لا يصير بوطئها وقفاً، ويصير العبد بوطئها حراً.

ولو قال: إن وطئتك فأنت عليَّ حرام، أو قال ذلك لزوجة له أخرى. فإن أراد بالحرام الطلاق، كان مولياً. وإن أراد به تحريم الوطء، كان مولياً. لأنه يجب عليه بالتحريم كفارة يمين. وإن لم يكن له إرادة فعلى وجهين: من اختلاف أصحابنا: هل تجب عليه بإطلاق ذلك كفارة؟.

فإن قيل: أنها تجب كان مولياً.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

وإن قيل: لا تجب، لم يكن مولياً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَلْزَمُهُ الإِيلاَءُ حَتَّى يُصَرِّحَ بِأَحَدِ أَسْمَاءِ الجِمَاعِ الَّتِي هِيَ صَرِيحَةٌ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وجملة الألفاظ التي يستعلمها في الإيلاء، تنقسم خمسة أقسام:

أحدها: ما كان صريحاً في الظاهر والباطن.

والثاني: ما كان صريحاً في الظاهر، كناية في الباطن.

والثالث: ما كان كناية في الظاهر والباطن.

والرابع: ما كان مختلفاً فيه.

والخامس: ما لم يكن صريحاً ولا كناية.

فأما القسم الأول: وهو ما كان صريحاً في الظاهر والباطن، فهو: والله لا أنيكُك، أو لا أدخِلُ ذكري في فرجك، أو لا أغيبه فيه، أو لا أفتضك بذكري وهي بكر، فهذا صريح في الإيلاء ظاهراً وباطناً به مولياً، أراد به الإيلاء أم لم يرد، فيكون مولياً في الأحوال الثلاث إذا أراد به الإيلاء، وإذا أطلق وإذا لم يرد.

فأما إذا قال في البكر: لا أفتضك، ولم يقل بذكري، فمن أصحابنا من جعله من هذا القسم صريحاً في الظاهر والباطن، ومن أصحابنا من جعله من القسم الثاني لاحتماله أن لا يفتضها بيدهِ

وأما القسم الثاني: وهو ما كان صريحاً في الظاهر كناية في الباطن، فهو قوله: والله لا وطئتك، ولا جامعتك، فهو صريح في الظاهر اعتباراً بالعرف في هذا اللفظ، فيجعله به مولياً في الحكم، وكناية في الباطن لاختمال أن يريد لا أطأك بقدمي ولا أجامعك أي: لا

(١) مختصر المزني: ص ٨٠٧ وتتمة الفصل: «ذلك قوله: والله لا أنيكك، ولا أغيب ذكري في فرجك، أو لا أدخله في فرجك، أو لا أجامعك. أو يقول إن كانت عذراء: والله لا أفتضك أو ما في مثل هذا المعنى، فهو مول في الحكم وقال في القديم: لو قال: والله لا أطؤك، أو لا أمسك، أو لا أجامعك، فهذا كله باب واحد، كلما كان للجماع اسم كني به عن نفس الجماع فهو واحد، وهو مول في الحكم. قلنا: ما لم ينوه في لا أمسُّك في الحكم في القديم، ونواه فهي الجديد، وأجمع قوله فيهما بحلفه: لا أجامعك، أنه مول. وإن احتمل أجامعك ببدني، وهذا أشبه بمعاني العلم والله أعلم. قال الشافعي رحمه الله: ولو قال: والله لا أباشرك، أو لا أباضعك، أو لا أمسُّك أو ما أشبه هذا، فإن أراد جماعاً فهو مول، وإن لم يرده فغير مول في الحكم».

اجتمع معك، فيدين فيه إن لم يرد به الإيلاء، فيصير بذلك مولياً في حالتين: إذا أراد به الإيلاء، وإذا أطلق. ولا يكون مولياً في حالة واحدة، وهو: إذا لم يرد به الإيلاء. فإن قال: والله لا وطئتك بذكري، ولا جامعتُكِ بفرجي، فمن أصحابنا: من جعله من القسم الأول صريحاً في الظاهر والباطن لخروجه بذكر الفرج عن حال الاحتمال.

ومن أصحابنا: من جعله من هذا القسم صريحاً في الظاهر دون الباطن، ولم يخرجه ذكر الفرج من حد الاحتمال، لأنه يحتمل لا أطأك بفرجي ولا أجامعك بذكري دون الفرج، فلذلك صار صريحاً في الظاهر كناية في الباطن.

وأما القسم الثالث: وهو ما كان كناية في الظاهر والباطن، فهو كقوله: واللّهِ لأسوأنك، والله لا قربتك، أو والله لا أجمع رأسي برأسك، أو لا ضمَّنا بيت، أو لا ضاجعتك، أو لتطولن غيبتي عنك، إلى ما جرى هذا المجرى من الألفاظ المحتملة للوطء وغيره فتكون كناية في الظاهر والباطن، لا يكون به مولياً إلا مع الإرادة، فيصير به مولياً في حالة واحدة وهي: مع وجود الإرادة، ولا يكون به مولياً في حالتين: وهو إذا أطلق، أو لم يرد الإيلاء.

وأما القسم الرابع: وهو ما كان مختلفاً فيه، فهو ثلاثة ألفاظ: لا باضعتك، ولا باشرتك، ولا مسستك، ففي هذه الألفاظ الثلاثة قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: إن ذلك يكون صريحاً في الظاهر كناية في الباطن، كالقسم الثاني فيكون به مولياً في حالتين: إن أراد، أو أطلق. ولا يكون به مولياً في حالة واحدة وهو: إذا لم يرد لأن المباضعة مفاعلة من البضع وهو الفرج، والمسيس والمباشرة قد تعلق عليهما في الشرع حكم الوطء.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: إنه كناية في الظاهر والباطن كالقسم الثالث، فلا يكون به مولياً في حالتين: إذا أطلق، أم لم يرد. ويكون به مولياً في حالة واحدة: إذا أراد.

واختلف أصحابنا في ثلاثة ألفاظ: لا أصبتك، ولا غشيتك، ولا لمستك:

فمنهم من أجراها مجرى هذا القسم في إنها على قولين، ومنهم من أخرجها منه وجعلها من القسم الثالث كناية في الظاهر والباطن.

وأما القسم الخامس: وهو ما لم يكن صريحاً ولا كناية. فهو كقوله: لا أوحشتك، أو

لا أحزنتك، أو لا سرَّيتك، أو لا أطعمتك، أو لا أشربتك، أو لا ضربتك، فهذا وما شاكله لا يكون به مولياً في الأحوال كلها الثلاث، إن أطلق، ولا إن لم يرد، ولا إن أراد، كالذي لا يكون صريحاً ولا كناية من الطلاق، ولا يقع به الطلاق.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لاَ أُجَامِعُكِ فِي دُبُرِكِ، فَهُوَ مُحْسِنٌ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وهو مما لا يكون به مولياً، لأن الشرع يمنعه من الوطء في الدبر، فلم يمتنع باليمين إلا مما هو ممنوع منه، فلذلك لم يكن مولياً.

ولو قال: والله لا اغتسلت منك من جنابة، كان كناية لا يكون به مولياً إلا مع الإرادة، لأنه قد يحتمل أن يجب عليه الغسل بوطء غيرها، فلا يجب عليه بوطئها. أو قد يولج فيكسل ولا ينزل، فلا يغتسل على قول من يرى ذلك مذهباً، وبهذا الوطء يسقط حكم الإيلاء، فلذلك صار كناية.

ولو قال: والله لا جامعتك جماع سوء، كان كناية. فإن أراد به الوطء في الدبر أو دون الفرج، كان مولياً. وإن أراد به قوة الجماع أو ضعفه، لم يكن مولياً.

ولو قال: والله جامعتك جماع سوء، لم يكن مولياً سواء أراد بهذا المكروه أو غير المكروه، لأن يمينه على فعل هذا الجماع يمنعه من غيره من الجماع.

ولو قال: والله ليطولنَّ تركي لجماعك، فإن عنى به أكثر من أربعة أشهر، كان مولياً، وإلا فلا.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لاَ أَقْرَبُكِ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، ثُمَّ قَالَ: إِذَا مَضَتْ خَمْسَةُ أَشْهُرٍ فَوَاللَّهِ لاَ أَقْرَبُكِ سَنَةً، فَوُقِفَ فِي الأُولَى فَطَلَّقَ، ثُمَّ راجَعَ، فَإِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ، بَعْدَ رَجْعَتِهِ وَبَعْدَ خَمْسَةِ أَشْهُرٍ وَقِفَ فَإِنْ كَانَتْ رَجْعَتُهُ فِي وَقْتٍ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ فِيهِ مِنَ السَّنَةِ إِلاَّ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَقَلُّ، لَمْ يُوقَفْ لأَنِّي أَجْعَلُ لَهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ يَحِلُّ لَهُ الفَرْجُ)[٢].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٧ وتتمة المسألة في المزني: «ولو قال: والله لا يجمعُ رأسي ورأسك شيء، أو لأسوأنّك أو لتطولنَّ غيبتي أو ما أشبه هذا، فلا يكون بذلك مولياً، إلا أن يريد جماعاً. ولو قال: والله ليطولنَّ تركي لجماعكِ، فإنْ عنى أكثر من أربعة أشهر فهو مول»؟

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٧ ـ ١٩٨.

قال الماوردي: وهذا صحيح ويتعلق بمسطور هذه المسألة أربعة فروع، ذكر الشافعي في كتاب «الأم» بعضها:

فأما المسطور فصورتها: في رجل قال: واللّهِ لا وطئتك خمسة أشهر. فإذا مضت خمسة أشهر، فوالله لا وطئتك سنة، فهذه يمينان على زمانين لا يدخل أحدهما في الآخر، ويكون بكل واحد منهما مولياً، ولا يكون الوطء في إحداهما وطء في الأخرى، ولا طلاق إحداهما طلاقاً في الأخرى، سواء قال ذلك متصلاً أو منفصلاً.

وإذا كان كذلك، فمدة الإيلاء الأول خمسة أشهر فيوقف فيها بعد يمينه، فإذا مضت أربعة أشهر طولب بالفيئة أو الطلاق. ومدة الإيلاء الثاني سنة، فيوقف فيها من أول السنة، وبعد مضي الخمسة الأشهر إن كانت على الإباحة، فإذا مضت منها أربعة أشهر وذلك بعد تسعة أشهر مع الإيلاء الأول طولب حينئذ بالفيئة أو الطلاق، ثم نشرح حكم كل واحد منهما فنقول له: فيهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يفيء فيهما.

والثاني: أن يطلق فيهما.

والثالث: أن يفيء في الأول، ويطلق في الثاني.

والرابع: أن يطلق في الأول، ويفيء في الثاني.

فأما الحال الأولى: وهو أن يفيء في الإيلاء الأول، ويفيء في الإيلاء الثاني. فيكون حكمه: أن الإيلاء الأول إذا مضى له فيه أربعة أشهر بعد يمينه وطولب بالفيئة أو الطلاق، ففاء ووطىء، سقط حكم الإيلاء الأول بوطئه، ولزمته الكفارة بحنثة. فإن وطىء في بقية الشهر الخامس منه، لم يتعلق بوطئه حنث، ولا يسقط به حكم الإيلاء الثاني لأنه في غير زمانه. فإذا أنقضى الشهر الخامس، فهو أول زمان وقفه في الإيلاء الثاني لدخول السنة بانقضائه، فإذا مضت أربعة أشهر فقد تقضى زمان الوقف من الإيلاء الثاني، طولب فيه بالفيئة أو الطلاق. فإذا فاء فيه ووطىء، سقط حكمه، ولزمته الكفارة بحنثه، ولا يوقف بعد وطئه إن كانت السنة باقية، ويكون وطؤه في باقيها كوطئه بعد انقضائها.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو: أن يطلق في الإيلاء الأول، ويطلق في الإيلاء الثاني. فإذا طلق بعد مضى أربعة أشهر من الإيلاء الأول، فلا يخلو أن ترجع إليه الزوجة بعد الطلاق، أو لا ترجع إليه.

فإن لم ترجع إليه، سقط إيلاؤه، وبقيت يمينه. لأن الإيلاء لا يكون إلا في زوجة، واليمين يكون في زوجة وغير زوجة. وإن رجعت إليه، فعلى ضربين:

أحدهما: أن ترجع إليه بمراجعتها في العدة.

والثاني: بعقد نكاح بعد انقضاء العدة.

فإن رجعت إليه بالرجعة في العدة، كان الإيلاء الثاني باقياً بحاله لأن النكاح الذي آلى فيه باقياً بعد الرجعة. وإذا كان كذلك، نظر في حال رجعته: فإن كانت في بقية الشهر الخامس من الإيلاء الأول، لم يعقد عليه بباقيه، وكان حالفاً. فإن وطىء باليمين الأول، وإن كان بعد طلاقه ورجعته، فإذا مضى بقية الشهر الخامس استوقف له مدة الوقف في الإيلاء الثاني. وإن كانت رجعته بعد انقضاء الشهر الخامس وبعد دخول السنة من الإيلاء الثاني، فأول مدة الوقف بعد رجعته، ولا يحتسب عليه ما مضى من السنة قبلها لأنها كانت محرمة عليه لا يقدر على إصابتها. فإذا مضت أربعة أشهر بعد رجعته، طولب بالفيئة أو الطلاق. فإذا طلق فيه، سقط حكم الإيلاء بالطلاق، ولم يسقط حكم اليمين بالحنث. فإذا راجع فيه بعد طلاقه، استؤنف له الوقف إن كان الباقي من السنة بعد رجعته أكثر من أربعة أشهر. فإذا مضت، طولب بالفيئة أو الطلاق. فإن طلق، فمعلوم بعد الوقفين: أنه قد استوفى الطلاق الثلاث، وأن الباقي من السنة أقل من أربعة أشهر فلا يكون مولياً فيها، ويكون حالفاً كمن حلف أن لا يطأ أقل من أربعة أشهر، يكون حالفاً ولا يكون مولياً. وكذلك لو كان الباقي من السنة بعد الرجعة الأولى من الوقف الأول أربعة أشهر فما دون، كان فيها حالفاً ولم يكن مولياً.

فأما إذا عادت إلى الزوج في الإيلاء الأول بعقد نكاح بعد انقضاء العدة، ولم تعد إليه بالرجعة في العدة، فهل يعد إيلاؤه في النكاح الأول ويستقر حكمه في النكاح الثاني أم لا؟ على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه لا يعود الإيلاء إن كان على يمينه، لأن الإيلاء كالطلاق، وأنهما لا يصحان إلا في زوجة، وأن الطلاق والإيلاء لا يصحان قبل النكاح، والإيلاء في النكاح الأول قبل النكاح الثاني، فلم يصح. فعلى هذا لا يوقف.

والقول الثاني: أنه يعود الإيلاء لبقاء اليمين، وأن عقده موجود في نكاح، فأشبه

النكاح استدامة ذلك النكاح. فعلى هذا، يوقف فيه للإيلاء الثاني، فيكون الوقف فيه كالوقف بعد الرجعة.

والقول الثالث: أنه إن كان الطلاق في النكاح الأول بائناً وهو الثلاث أو دونها بعوض، لم يعد الإيلاء ولم يوقف لها، وكان حالفاً إن وطىء حنث. وإن كان رجعياً فنكحها بعد انقضاء العدة منه، عاد الإيلاء واستؤنف له الوقف، كما يستأنف بعد الرجعة، ويكون حكمه على ما مضى.

فصل: وأما الحال الثالثة: وهو أن يفيء بالوطء في الإيلاء الأول، ويبطل في الإيلاء الثاني، فقد سقط إيلاؤه الأول بوطئه فيه، ويستأنف له الوقف في الإيلاء الثاني بعد انقضاء الأول، فإذا مضت أربعة أشهر من أول الإيلاء الثاني وذلك بعد تسعة أشهر بعد يمينه، يقضي به زمان الوقف فيه، فطولب بالفيئة أو الطلاق. فإذا طلق فيه، فإن لم يرجع إليه حتى مضت السنة سقطت يمينه، وزال إيلاؤه لتقضي زمانه. وإن عادت إليه قبل انقضائها، فعلى ما ذكرناه من الضربين: إن عادت برجعة في العدة وكان الباقي من السنة أكثر من أربعة أشهر، كان مولياً، واستؤنف له وقف أربعة أشهر، وطولب بعد انقضائها بالفيئة أو الطلاق.

وإن كان الباقي منها أربعة أشهر فما دون، لم يكن فيها مولياً لقصورها عن مدة الوقف، وكان فيها حالفاً، ولم يكن مولياً. فإن كان الباقي منها يبلغ مدة الوقف، وهو: أن يكون أكثر من أربعة أشهر، فهل يعود الإيلاء أم لا؟ على ما ذكرنا من الأقاويل الثلاثة.

فصل: وأما الحال الرابعة: وهو أن يطلق في الإيلاء الأول ويفيء في الإيلاء الثاني، فلا كفارة عليه في الإيلاء الأول لعدم وطئه فيه، وقد سقط عنه حكم المطالبة بطلاقه فيه، ويكون حكم طلاقه في هذا الإيلاء الأول من هذا القسم كحكمه لو طلق فيهما، ويكون وطؤه في الإيلاء الثاني موجباً للكفارة مسقطاً للإيلاء، كحكمه لو وطىء فيه مع الإيلاء الأول. ولا فرق في الطلاق بين أن يكون هو المطلق، وبين أن يمتنع فيطلق عليه الحاكم، في أنه يكون على ما مضى. إلا أنه إذا كان هو المطلق، فهو مخير بين: الطلاق الرجعي، والبائن.

وإذا كان الحاكم هو المطلق، فليس إلا الواحدة الرجعية، لأنه أقل ما يخرج به من حكم الإيلاء. فأما إن لم يكن منه واحد من الإيلائين وطء ولا طلاق حتى انقضى زمانهما، فقد ارتفعت اليمين فيهما، وسقط حكمهما، ثم ينظر: فإن كان هذا لعفو الزوجة عن

مطالبته لم يأثم، لأنه حق لها يجوز لها العفو عنه. وإن كانت قد طالبته فدافعها، كان آثماً لاستدامة الإضرار بها مدة يمينه، ولا شيء لها عليه بعد تقضي زمانه.

فصل: فأما الفرع الأول من فروع هذه المسألة، فهو أن يقول لها: والله لا وطئتك خمسة أشهر، ثم يقول: والله لا وطئتك سنة. فتدخل المدة الأولى في المدة الثانية، لأن الأقل داخل في الأكثر. كما لو قال: له عليَّ مائة درهم، ثم قال: له عليَّ ألف درهم، دخلت المائة في الألف.

وإذا كان كذلك، فهما إيلاء واحد بيمينين، يوقف فيهما وقفاً واحداً، لكونه إيلاءً واحداً، إلا أن الخمسة الأشهر معقودة بيمينين، وما بعدها من تمام السنة معقودة بيمين واحدة. فإن فاء ووطىء بعد مضي خمسة أشهر، فعليه كفارة واحدة لأنه معقود بيمين واحدة. وإن فاء ووطىء في الخمسة الأشهر، فهو حنث بيمينين، ففيما يلزمه من الكفارة قولان:

أحدهما: كفارتان، لأنه حنث في يمينين.

والقول الثاني: كفارة واحدة، لأن الحنث فيهما واحداً.

فصل: وأما الفرع الثاني فهو: أن يقول: والله لا وطئتك سنة، ثم يقول: والله لا وطئتك خمسة أشهر، فهل تدخل الخمسة الأشهر في السنة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تدخل فيها إذا تأخرت، كما تدخل فيها إذا تقدمت. فعلى هذا، يكون إيلاءً واحداً على سنة واحدة، بعضها بيمين واحدة وهي سبعة أشهر من أولها إن حنث فيه لزمته كفارة واحدة، وخمسة أشهر بعدها بيمينين إن حنث فيهما فعلى قولين:

أحدهما: كفارة واحدة.

والثاني: كفارتان.

والوجه الثاني: أن الخمسة أشهر لم تدخل في السنة إذا تأخرت، وإن دخلت فيها إذا تقدمت، لأن له الزيادة على المدة، وليس له النقصان منها. فإذا كان الثاني ناقصاً، وليس له النقصان حمل على الاستئناف. فإذا كان الثاني زائداً، وله الزيادة حمل على التداخل. فعلى هذا، يكون مولياً سنة وخمسة أشهر بيمينين، وهل يكون ذلك إيلاءً واحداً أو إيلاءين، على وجهين:

أحدهما: يكون إيلاءً واحداً، يوقف فيه وقفاً واحداً ولا يجب إذا وطىء في أحد الزمانين إلا كفارة واحدة، لأن أحد الزمانين لم يدخل في الآخر.

والوجه الثاني: وهو أظهر، أنهما إيلاءان: مدة الأول منهما سنة، ومدة الثاني خمسة أشهر، ويوقف في كل واحد منهما، ويضرب له مدة التربص، ولا يغني وقفه في أحدهما عن وقف في الآخر؛ فإن وطىء فيهما لزمه كفارتان. والله أعلم.

فصل: وأما الفرع الثالث فهو أن يقول: والله لا وطئتك أربعة أشهر، فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يكون مولياً. لأن كل واحد من الزمانين يقصر عن مدة الإيلاء، وليس يتعلق أحدهما بالآخر، فلا يوقف في واحد منهما، ويحنث إن وطىء فيهما.

والوجه الثاني: أنه يكون مولياً. لأنه قد صار بيمينه ممتنعاً من وطئها ثمانية أشهر متصلة، فصار مولياً كما جمعها في يمين واحدة. فعلى هذا، يوقف فيهما وقفاً واحداً.

وعلى هذا لو قال: والله لا وطئتك أربعة أشهر، فإذا مضت فوالله لا وطئتك سنة، فهذا يكون مولياً، وفي ابتداء مدة الوقف وجهان:

أحدهما: من بعد مضي الأربعة الأشهر. وهذا على الوجه الذي لا تجعله في المسألة الأولى مولياً.

والوجه الثاني: يوقف من أول الأربعة الأشهر. وهذا على الوجه الذي نجعله في المسألة الأولى مولياً.

فصل: وأما الفرع الرابع: وهو أن يقول: والله لا وطئتك أربعة أشهر، ثم يقول: والله لا وطئتك أربعة أشهر، ففي تداخل الزمانين وجهان:

أحدهما: أنهما يتداخلان، حملاً على تكرار التأكيد. فعلى هذا، لا يكون مولياً لقصوره عن مدة الإيلاء.

والوجه الثاني: لا يتداخلان، ويكون مدة المنع ثمانية أشهر لكنها بيمينين. فعلى هذا، هل يجري عليه حكم الإيلاء أم لا؟ على وجهين من اختلافهما في الفرع الثاني إذا قال: والله لا وطئتك سنة، ووالله لا وطئتك خمسة أشهر، ولم نجعل أحد الزمانين داخلاً في الآخر: هل يكون إيلاءً واحداً أو إيلائين؟ على وجهين:

إن جعلنا ذلك إيلاءً واحداً فقلنا: هذا مولياً، وإن جعلنا ذلك إيلائين لم نجعل هذا مولياً، لأن كل واحد من الزمانين يقصر عن مدة الإيلاء. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ: إِنْ قَرَبْتُكِ فَعَلَيَّ صَوْمُ هَذَا الشَّهْرِ كُلِّهُ لَمْ يَكُنْ مُولِياً، كَمَا لَوْ قَالَ: فَعَلَيَّ صَوْمُ يَوْمِ أَمْسِ. وَلَوْ أَصَابَهَا وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الشَّهْرِ شَيْءٌ، كَانَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ، أَوْ صَوْمُ مَا بَقِيَ)[١].

قال الماوردي: وهذا التفريع على قوله في الجديد: إن الإيلاء يكون بكل يمين التزم بها ما يلزمه، سواء كانت بالله أو بغيره فأما على قوله في القديم: إن الإيلاء لا يكون إلا في الحلف بالله تعالى، فلا يتفرع عليه هذه المسألة.

فإذا قال: إن وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر، كان حالفاً ولم يكن مولياً، لأن المولى من لم يقدر على الوطء بعد أربعة أشهر إلا بالتزام ما لم يلزمه. وهو يقدر على وطئها بعد أربعة أشهر، ولا يلزمه الصوم بمضي زمانه، كما لو قال لها: إن وطئتك فعليَّ صوم أمس، لم يلزمه الصوم وإن وطىء لمضى زمانه.

فإذا تقرر أنه لا يكون مولياً، فهو حالف. فإن لم يطأ حتى انقضى ذلك الشهر، فلا شيء عليه إن وطىء بعده، وإن وطىء في هذا الشهر وقد بقيت منه بقية فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الباقي منه يوماً فصاعداً، فيكون مخيراً بين: صوم باقيه، وبين كفارة يمين. لأنه نذر لحاجٍ وغضب، فكان مخيراً بين حكم النذر وحكم الأيمان.

والضرب الثاني: أن يكون الباقي منه أقل من يوم. وذلك أن يطأ في اليوم الأخير منه، ففيه قولان فيمن نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه زيد:

أحدهما: لا يلزم. فعلى هذا، لا شيء على هذا الوطء.

والقول الثاني: يلزم. فعلى هذا، يكون هذا الواطىء مخيراً بين: صوم يوم، وبين كفارة يمين، والله أعلم.

فصل: ولو قال: إن وطئتك فلله عليَّ صوم شهر ولم يعينه، كان مولياً، بخلاف ما تقدم من تعيين الصوم. لأنه لا يقدر على وطئها بعد مضي أربعة أشهر إلا بالتزام ما لم يلزم، لوجود الشهر الذي لا يتعين.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

فعلى هذا، إن وطىء بعد أربعة أشهر كان مخيراً بين: صيام شهر، أو كفارة يمين، لأنه نذر لحاج وسقطت يمينه. وإن لم يطأ وطلق، لم يلزمه صوم ولا كفارة لأنه لم يحنث. فإن راجع، استؤنف له، وقف أربعة أشهر. فإذا مضت وطلق ثانية، ثم راجع، استؤنف له مدة أربعة أشهر ثالثة. فإذا مضت وطلق، بانت منه بثلاث. وإن عاد فنكحها بعد زوج، فهل يعود الإيلاء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في الجديد كله، واحد قوليه في القديم: إنه لا يعود، ويكون حالفاً غير مولى.

والقول الثاني: في القديم: يعود الإيلاء لبقاء اليمين ووجودها في عقدي نكاح.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ إِنْ قَربتك فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً وَقفَ، فَإِنْ فَاءَ وَغَابَتِ الحَشَفَةُ طُلِّقَتْ ثَلاَثاً، فَإِذَا أَخْرَجَهُ ثُمَّ أَدْخَلَهُ بَعْدُ، فَعَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا)[١].

قال الماوردي: وهذا أيضاً مفرع على قوله في الجديد. فإذا قال لها: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً، كان مولياً، لما يلزمه من طلاقها بالوطء؛ فوجب أن يوقف مدة الإيلاء أربعة أشهر، ويطالب بعدها بالفيئة أو الطلاق.

وقال أبو علي بن خيران: لا يجوز أن يطالب بالفيئة، ويؤخذ بالطلاق، لأن الوطء محرم، لأنها تطلق به ثلاثاً فيصير واطئاً لبائن منه، وذلك محرم عليه. لأنه إذا كان ما بعد الإيلاج محرماً، كان الإيلاج محرماً، كالصائم إذا تحقق بخبر نبي صادق أنه لم يبق إلى طلوع الفجر إلا قدر إيلاج الذكر دون إخراجه، حرم عليه الإيلاج. وإن كان في زمان الإباحة لتحريم ما بعد الإيلاج في زمان الحظر، فيحرم الإيلاج، وإن كان قبل الفجر لوجود الإخراج بعد الفجر. كذلك حال هذا المولى يحرم عليه الإيلاج، وإن كان قبل الطلاق لوجود الإخراج بعد الطلاق.

وذهب سائر أصحابنا: إلى أن هذا المولى لا يحرم عليه الإيلاج لأنها زوجة، ولا يحرم عليه الإخراج لأنه ترك.

وإن طلقت بالإيلاج، ويكون المحرم بهذا الوطء استدامة الإيلاج، لا الابتداء والإخراج. وشاهد ذلك شيئان: مذهب، وحجاج.

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

أما المذهب: فقول الشافعي: «لو طلع الفجر على الصائم وهو مجامع وأخرجه مكانه، كان على صومه. فإن مكث بعد إخراجه أفطر، وكفر» فحرم الاستدامة ولم يحرم الإخراج، لوجود الإيلاج في حال الإباحة، وإن الإخراج ترك، وإن كان في زمان الحظر فصار مباحاً.

وأما الحجاج: فهو أن رجلاً لو قال لرجل: أدخل داري ولا تقم، استباح الدخول لوجوده عن إذن، ووجب عليه الخروج لمنعه عن المقام. ويكون الخروج، وإن كان في زمان الحظر مباحاً. لأنه ترك كذلك حال هذا المولى يستبيح أن يولج، ويستبيح أن يخرج، ويحرم عليه استدامة الإيلاج.

فأما الصائم إذا أخبره أن الباقي من طلوع الفجر قدر الإيلاج دون الإخراج، فقد اختلف أصحابنا: هل يحرم عليه الإيلاج لوجود الإخراج في زمان التحريم، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحرم عليه الإيلاج، لوجوده في زمان الإباحة، وإن كان الإخراج في زمان الحظر؛ لأنه ترك. فعلى هذا، يستوي حكم المولى والصائم.

والوجه الثاني: يحرم على الصائم الإيلاج، وإن كان في زمان الإباحة، لوجود الإخراج في زمان الحظر. فعلى هذا، يكون الفرق بين الصائم والمولى: أن التحريم قد يطرأ على الصائم يعني: الإيلاج، فجاز أن يحرم عليه الإيلاج. والمولى لا يطرأ عليه التحريم بغير الإيلاج، فلم يحرم عليه الإيلاج.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أن الإيلاج لا يحرم عليه وإن طلقت به، بخلاف ما قاله ابن خيران، فإنه مخير في المطالبة بعد الوقف بين: الفيئة، أو الطلاق.

فإن طلق، فطلاقة فيه كطلاقه في غيره على ما مضى وعلى ما سيأتي. فإن فاء بالوطء، فالذي يباح له منه أن يولج الحشفة حتى يلتقي بها الختانان، لأن ما تعلق بالوطء من سائر الأحكام يتعلق بهذا القدر من الإيلاج، وهو التقاء الختانين. كذلك الطلاق المعلق بوطئها يقع بالتقاء الختانين، وهو تغييب الحشفة. وهي بعد تغييب الحشفة طالق ثلاثاً، فحرم عليه أن يولج باقي ذكره، وأن يمكث بعد تغييب الحشفة، فيكون تحريم إيلاج الباقي من الذكر كتحريم المكث، فيصيران معاً محرمين. وإذا كان كذلك، لم يخل حاله بعد تغييب الحشفة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يخرج حشفة ذكره في الحال فلا يستديمها، ولا يولج باقي ذكره معها، بل فعل ما أبيح له من الفيئة التي خرج بها من حكم الإيلاء، ووقع به الطلاق الثلاث، ولم يتجاوزه إلى محظور يوجب حداً، ولا مهراً.

والحال الثانية: أن يمكث مستديماً لإيلاج الحشفة، أو يستوفي إيلاج جميع الذكر، سواء استدام حركة الوطء حتى أنزل، أو لم يستدمها حتى أخرج، من غير إحداث إيلاج ثان. فهذا قسم واحد، وحكمه واحد وهو: إيلاجة واحدة، كان أولها مباحاً، وآخرها محظوراً. فلا حد فيها، لأن اجتماع التحليل والتحريم في الفعل الواحد شبهة يدرأ بها الحد، وفي وجوب المهر وجهان:

أحدهما: يجب عليه المهر بالاستدامة، كما يجب بالابتداء كالصائم إذا طلع الفجر عليه وهو مجامع فاستدام إيلاج ذكره بعد الفجر، وجبت عليه الكفارة باستدامة الإيلاج، كوجوبها عليه بابتداء الإيلاج.

والوجه الثاني: أنه لا يجب عليه المهر بالاستدامة وإن وجبت الكفارة على الصائم بالاستدامة، لأنها إيلاجة واحدة لا يتميز حكمها. فإذا لم يجب بابتدائها مهر، لم يجب باستدامتها مهر. وخالف استدامة الصائم من وجهين:

أحدهما: أن الكفارة في الصوم تتعلق بشيئين: الزمان، والاستدامة. فلما كان الزمان متميزاً، جاز أن يتميز به حكم الابتداء وحكم الاستدامة. وليس كذلك المهر، لأنه يجب بشيء واحد وهو: الوطء، فلم يتميز حكم الابتداء من حكم الاستدامة.

والفرق الثاني: أن إيجاب المهر هاهنا بالاستدامة مفض إلى إيجاب مهرين بوطء واحد، وهو أن تكون مفوضة غير مدخول بها، فيجب لها بالتقاء الختانين مهر، ويجب لها باستدامة الإيلاج مهر ثان، فيصير الوطء الواحد موجباً لمهرين. وهذا غير جائز، وليس كذلك الكفارة في استدامة إيلاج الصائم، لأنها لا توجب إلا كفارة واحدة على تصاريف الأحوال كلها، فافترقا.

فصل: والحال الثالثة: أن يخرج الحشفة بعد إيلاجها، ثم يستأنف إيلاجاً بعدها، فالمهر واجب بالإيلاجة الثانية. وإن كانت الأولى والثانية منسوبتين إلى وطء واحد؛ لأنه لما تميزت الأولى عن الثانية في التحريم حتى حلت الأولى وحرمت الثانية. وإن كانتا من وطء واحد، تميزت الأولى عن الثانية في المهر. وإن كانتا من وطء واحد.

ألا ترى أن الوطء إذا تكرر متساوي الحكم بأن وطئها مائة مرة في نكاح واحد، لم يجب عليه إلا مهر واحد، ولو وطئها مائة مرة بشبهة لم يجب عليه إلا مهر واحد؟ وإذا اختلف حكمه بأن وطيء مرة بنكاح ومرة بشبهة، تميز حكمها، ووجب عليه مهر في كل واحد منهما، كذلك الواطىء الواحد.

وإذا ثبت أن الإيلاجة الثانية يتعلق بها وجوب المهر، فلا حكم لما بعدها من إيلاجة ثالثة ورابعه، لأنها في حكم الثانية، فاستوى حكم جميعها. كما لو تكرر وطء الشبهة، استوى حكم جميعه في إيجاب مهر واحد. وإذا كان كذلك، فلا يخلو حال الزوجين هاهنا في الإيلاجة الثانية وما بعدها من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا جاهلين بالتحريم، لقصورهما أن الطلاق لا يقع إلا باستكمال الوطء وإتمامه، فلا حد عليهما لوجود الشبهة. وأن حقيقة اسم الوطء في اللغة ينطلق على الفراغ منه، وإن كانت أحكامه في الشرع متعلقة بأوله. فلهذه الشبهة سقط الحد عنهما، ولا تعزير عليهما، لأن ما كان شبهة في الحد فأولى أن يكون شبهة في التعزير، وإذا سقط الحد والتعزير، وجب بهما المهر بما ذكرنا.

والقسم الثاني: أن يكونا عالمين بالتحريم، وأن الإيلاج الثاني وما بعده كان بعد تحريمها بالإيلاج الأول، ففي وجوب الحد عليهما وجهان:

أحدهما: إنه زنا يوجب الحد، لأنه إيلاج مستأنف بعد العلم بالتحريم، فأشبه وطء الأجنبية. فعلى هذا، لا مهر فيه لأن وجوب الحد عليهما يمنع من وجوب المهر لها لتنافي موجبهما.

والوجه الثاني: إنه لا حد فيه، وليس بزنا. لأنه وطء واحد، فكان تحليل أوله شبهة في تحريم آخره. فعلى هذا، يكون لها المهر لسقوط الحد عنهما، ويعزران.

والقسم الثالث: أن يكون الزوج عالماً بالتحريم والزوجة جاهلة، أو عالمة، لكنها لم تقدر على دفعه عن نفسها، فهما سواء، ولا حد عليهما لوجود الشبهة، ولها المهر لسقوط الحد، وهل على الزوج الحد لعلمه بالتحريم أم لا؟ على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: يحد.

والثاني: لا يحد، ولا يعزر.

والقسم الرابع: أن يكون الزوج جاهلاً بالتحريم والزوجة عالمة به، فلا حد على الزوج ولا تعزير لجهله، وفي وجوب الحد على الزوجة مع علمها وجهان:

أحدهما: لا حد عليهما وتعزر، فعلى هذا، لها المهر.

والثاني: عليها الحد. فعلى هذا، لا مهر لها، لأن الحد والمهر لا يجتمعان. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فإِنْ أَبَى أَنْ يَفِيءَ طُلِّقَ عَلَيْهِ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ رَاجَعَ فَلَهُ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ رَاجَعَ، ثُمَّ هَكَذَا حَتَّى يَنْقَضِي طَلَاقُ ذَلِكَ المِلْكِ ثَلَاثاً)[١].

قال الماوردي: وهكذا كما قال. إذا مضت للمولى مدة التربص أربعة أشهر، وخيِّر بين الفيئة أو الطلاق، فامتنع أن يفيء أو يطلق، لم يجبر على الفيئة، وهو ما لا يعلمه سواه.

فأما الطلاق فهو مما يصح فيه النيابة، ويقوم غيره مقامه فيه، فهل يطلق الحاكم عليه فيه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: لا يطلق عليه الحاكم، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾[٢] فأضاف العزم إلى الزوج، فاقتضى أن لا يصح من غيره. ولقول النبي ﷺ «الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»[٣] فجعله إلى الأزواج دون غيرهم. ولأنه مخير بين أمرين لا مدخل للحاكم في أحدهما، فلم يكن له مدخل في الآخر. ولأن ما يتعين الحق فيه لأجل التخيير، لم يقم الحاكم في التخيير مقامه. كالذي يسلم عن أختين فيمتنع من اختيار أحدهما، لم يقم الحاكم مقامه في الاختيار، كذلك ها هنا.

فعلى هذا، يحبس الزوج بعد امتناعه حتى يفيء أو يطلق لقصده الإضرار بالامتناع من حق وجب عليه مع القدرة عليه، كما يحبس بعد إسلامه إذا امتنع من اختيار إحدى الأختين، أو اختيار أربع إذا أسلم ومعه أكثر منهن.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: إن الحاكم يطلق عليه بعد امتناعه. لأن ما دخلته النيابة إذا تعين مستحقه وامتنع من عليه الحق من الإيفاء، كان للحاكم الإستيفاء كالديون. ولأن ما استحقت به الفرقة بعد ضرب المدة، كان للحاكم مدخل فيها كالعنة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٧.

(٣) سبق تخريجه.

فإن قيل: فهلا جاز للمرأة عند امتناع الزوج من طلاقها أن تطلق نفسها، وتكون هي المستوفية لحقها دون الحاكم، كالدين يجوز لمستحقه عند امتناع الغريم من آدائه أن يكون هو المستوفي له دون الحاكم؟.

قلنا: لا يجوز، والفرق بينهما: أن الطلاق مجتهد فيه، فكان الحاكم أحق به. وقضاء الدين غير مجتهد فيه، فكان مالكه أحق به.

فعلى هذا، إذا قيل: إن الحاكم يطلق عليه، فإنه يطلق عليه واحدة لا يتجاوزها، لأن الله تعالى أطلق عزيمة الطلاق، فاقتضى ما ينطلق عليه اسم الطلاق، وهو ينطلق على الواحدة، فلم يلزم الزيادة عليها.

فصل: فإذا تقرر أن المستحق فيه طلقة واحدة فأوقعها الزوج باختياره أو الحاكم عند امتناعه، فهي طلقة رجعية.

وقال أبو ثور: هي طلقة بائنة لا يملك فيها الرجعة، كما يجعل أبو حنيفة مضي المدة موقعاً لطلقة بائنة لا يملك فيها الرجعة، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن ما أوقعه الحاكم من الفرقة لا يملك فيها الرجعة، كالفسخ بالعنة والعيوب، والإعسار بالنفقة.

والثاني: أن القصد بالطلاق رفع الإضرار، والطلاق الرجعي لا يرتفع به الإضرار، لأنه قد يراجع بعده فيعود الإضرار، فاقتضى أن يكون بائناً ليرتفع به الإضرار.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾(1) فكان على عمومه. ولأنه طلاق لم يستوف عدده، فوجب إذا تجرد عن العوض بعد الإصابة أن يستحق فيه الرجعة، كطلاق غير المولي. ولأن استحقاق الرجعة في الطلاق كاستحقاق الولاء في العتق، فلما استحق الولاء في واجب العتق وتطوعه، وجب أن يستحق الرجعة في واجب الطلاق وتطوعه.

فأما الفسخ، فلا يملك فيه الرجعة، فلذلك وقع بائناً، وليس كذلك الطلاق. فأما رفع الإضرار، فقد يرتفع بالطلاق الرجعي، إلا أنه إن لم يراجع تعجل رفع الضرر، وإن راجع تأخر رفع الضرر، وهو في الحالين رافع للضرر.

فصل: فإذا ثبت أن الطلقة رجعية، وأنه لا يجب أكثر منها، فإن كان هو الموقع لها،

---

(1) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

فلا يجوز له الزيادة عليها. وإن كان الزوج هو الموقع لها، جاز له الزيادة عليها، فتطلق اثنين أو ثلاثاً كما يكون له ذلك لو لم يكن مولياً.

فإذا طلق واحدة أو طلق عليه الحاكم واحدة، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة فقد بانت، فإن استأنف العقد عليها بعد العدة فعلى قول الشافعي في القديم وأحد قوليه في الجديد: يعود الإيلاء، فيوقف لها أربعة أشهر، ثم يطالب بالفيئة أو الطلاق..وعلى قوله الثاني في الجديد: إنه لا يعود الإيلاء ولا يوقف وإن كانت اليمين باقية، لأنه لا يكون مولياً قبل النكاح. وإن راجع في العدة، وقف له بعد الرجعة، وكان أول زمان الوقف من بعد الرجعة، ولا يحتسب عليه بما تقدمها. وإن كان مأخوذاً بنفقتها ومحكوم له بزوجيتها، لأنها محرمة عليه وجارية في الفسخ. فإذا مضت مدة الوقف الثاني بانقضاء أربعة أشهر ثانية، طولب بعدها بالفيئة أو الطلاق. فإن طلق ثانية أو امتنع، فطلقها الحاكم عليه طلقة ثانية، كانت الثانية رجعية كالأولى. فإن راجعها، استؤنف له وقف ثالث. فإذا مضت مدته بانقضاء أربعة أشهر ثالثة، طولب بعدها بالفيئة أو الطلاق. فإن طلق بعدها ثالثة أو امتنع منها، فطلقها الحاكم عليه طلقة ثالثة، فلا رجعة له بعدها، لأن الثلاث لا رجعة له فيها مجتمعة كانت أو متفرقة، وقد سقط بها حكم الإيلاء في هذا النكاح.

فإن عاد بعد زوج، فعلى قول الشافعي في الجديد كله وأحد قوليه في القديم: لا يعود الإيلاء، وإن كان حالفاً. وعلى قوله الثاني في القديم: يعود الإيلاء، ويستأنف له مدة الوقف، ويكون حكمه على مثل ما مضى في النكاح، إلا أن يفيء فيسقط بكل حال الحنث فيه فارتفع، وليس في الطلاق حنث، فلم يرتفع.

فإن قيل: فالله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر، فلم جعلتموها أضعافاً؟

قيل: إنما قدرها بالأربعة في التربص الواحد، فإذا وجب تكرار التربص وجب تكرار المدة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ يُرِيْدُ تَحْرِيْمَهَا بِلاَ طَلاَقٍ أَوِ اليَمِيْنِ بِتَحْرِيْمِهَا، فَلَيْسَ بِمُولٍ، لأَنَّ التَّحْرِيْمَ شَيْءٌ حُكِمَ فِيْهِ بِكَفَّارَةٍ إِذَا لَمْ يَقَعْ بِهِ طَلاَقٌ، كَمَا لاَ يَكُوْنُ الإِيْلاَءُ والظِّهَارُ طَلاَقاً، وَإِنْ أُرِيْدَ بِهِمَا طَلاَقٌ، لأَنَّهُ حُكِمَ فِيْهِمَا بِكَفَّارَةٍ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال لزوجته: أنت عليَّ حرام، فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً، وإن نوى به الظهار كان ظهاراً، وإن نوى به الإيلاء لم يكن مولياً، فيكون كناية في الطلاق والظهار، ولا يكون كناية في الإيلاء. لأن المولى ما لم يقدر على الإصابة فيه بعد مدة التربص إلا بالتزام ما لم يكن لازماً قبل الإصابة، وقوله: أنت عليَّ حرام، إن نوى به اليمين في تحريم الإصابة لزمت به الكفارة في الحال من غير إصابة، وإن أطلقه كان على قولين:

أحدهما: تجب به الكفارة في الحال.

والثاني: لا تجب في الحال ولا بالإصابة به في ثاني حال. فصار بهذا القول قادراً على الإصابة بعد مدة التربص من غير التزام كفارة، لأن الكفارة إن وجبت فباللفظ دون الإصابة. وإن لم تجب فلا باللفظ ولا بالإصابة، فلم يتعلق بالإصابة في الأحوال كفارة، فلذلك لم يكن مولياً.

فصل: فإن قال: إن أصبتك فأنت عليَّ حرام. فإن أراد بالحرام الطلاق، كان مولياً لأنه متى أصابها بعد الوقف طلقت، وإن أراد به اليمين، كان مولياً متى أصابها لزمته الكفارة، وإن لم تكن له إرادة.

فإن قيل: إنه يوجب الكفارة مع الإطلاق، كان مولياً.

وإن قيل: لا يوجبها، لم يكن مولياً، وقد مضى ذلك في أول الكتاب.

وأما إذا قال لها: أنت عليّ حرام، وقال: نويت أنها حرام عليَّ إن أصبتها، فنيته قد خالفت ظاهر لفظه، لأن ظاهر قوله: أنت عليَّ حرام، يوجب تعجيل الكفارة في الحال، ونيته أنها حرام عليه إن أصابها يوجب تأخير الكفارة إلى الإصابة، وهذا محتمل يدين فيه، والكفارة مما يدين فيها لأنها من حقوق الله تعالى، وقد اعترف بالإيلاء وفيه حق للزوجة، فوجب أن يصير بذلك مولياً. ووجدت أصحابنا يرسلون القول: بأنه لا يكون مولياً. وليس بصحيح، لما عللنا. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ قَرِبْتُكِ فَغُلَامِي حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي، إِنْ تَظَاهَرْتُ لَمْ يَكُنْ مُوَلِياً حَتَّى يُظَاهِرَ)[١].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال: إن أصبتك فعبدي هذا حر عن ظهاري إن تظاهرت، فقد علق عتق عبده بشرطين: بإصابتها، وبظهاره. فلا يعتق بوجود أحد الشرطين حتى يوجدا معاً. فإن وطئها ولم يتظاهر، لم يعتق، وإن ظاهر ووطىء، عتق.

وإذا كان كذلك، لم يكن في الحال مولياً لأنه يقدر على إصابتها، ولا يعتق عليه عبده كما لو قال لها: إن وطئتك ودخلت الدار فأنت طالق، لم يكن مولياً قبل دخول الدار، لأنه يقدر على وطئها من غير طلاق. وإذا لم يكن هذا مولياً في الحال، نظر: فإن قدم الوطء على الظهار، سقط حكم الإيلاء وبقي حكم اليمين. فإذا ظاهر، عتق عليه عبده. وإنما سقط حكم الإيلاء لتقديم الإصابة، لأنه يقدر على إصابتها بعد ذلك. ولا يعتق به عبده، لأن عتق عبده يكون بظهاره من بعد، لا بإصابته.

وإن قدم الظهار قبل الإصابة، صار حينئذ مولياً، لأنه لم يبق من شرط العتق إلا إصابتها، فصارت الإصابة موجبه عتق عبده، فلذلك صار مولياً.

فصل: وإذا تقرر أن لا يكون مولياً إذا قدم الإصابة ويكون مولياً إذا قدم الظهار، وجب أن يوقف لإيلائه هذا. فإذا انقضت مدة الوقف وطولب بالفيئة أو الطلاق، فإن طلق كان مخيراً بين: أن يعتق عبده عن ظهاره، وبين أن يستبقيه على ملكه.

فإن استبقاه على ملكه، كان إيلاؤه باقياً إن راجع بعد طلاقه، لأنه يعتق عليه بإصابته. وإن أعتق عن ظهاره، أجزأه عتقه عن الظهار، ويسقط إيلاؤه، وإن راجع، لأنه لم يبق من يعتقه عليه بالوطء، فهذا حكمه إن طلق في هذا الإيلاء.

فأما إن فاء بالوطء ولم يطلق، فقد عتق عليه عبده، وسقط إيلاؤه لحنثه، ولم يجزه العتق عن ظهاره، لا يختلف أصحابنا فيه. وإنما اختلفوا في علته.

فقال أبو إسحاق المروزي: العلة في عدم إجزائه أنه قدم عقد عتقه على ظهاره، فلم يجزه لأجل التقديم.

وقال آخرون: إنه جعل عتقه مشتركاً بين ظهاره وبين حنثه في إيلائه، فلم يجزه لأجل التشريك.

فصل: فأما إذا كان مظاهراً، فقال بعد ظهاره: إن أصبتُك فعبدي هذا حر عن ظهاري، كان مولياً؛ لأنه متى أصابها عتق عليه.

فإن قيل: فالعتق مستحق عليه بالظهار، فهو ليس ملتزم بالإصابة ما لم يكن لازماً، فلم جعلتموه مولياً؟.

قلنا: لأن عتق عبده غير متعين بالظهار، وهو متعين بالإصابة، فصار بالإصابة ملتزماً من تعيين العتق ما لم يلزم، فلذلك صار مولياً. فإذا مضت مدة الإيلاء كان مخيراً بين: الإصابة، أو الطلاق. فإن طلق كان مخيراً في عتق الظهار بين: عتق ذلك العبد، وبين عتق غيره. فإن أعتقه عن ظهاره أجزأه، وسقط إيلاؤه إن راجع بعد الطلاق. وإن أعتق غيره أجزأه، وكان إيلاؤه إن راجع بعد الطلاق. وإن أعتق غيره أجزأه، وكان إيلاؤه إن راجع بعد الطلاق باقياً لوقوع عتقه بالإصابة. وإن فاء بالوطء ولم يطلق، عتق عليه عبده، وهل يجزئه عتقه عن ظهاره أم لا؟ على وجهين من اختلاف أصحابنا في التعليل المتقدم:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه يجزئه، تعليلاً بأن عتقه معقود بعد الظهار.

والوجه الثاني: لا يجزئه، أن عتقه مشترك بين ظهاره وبين وطئه (في إيلائه).

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ قَرِبْتُكِ فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَعْتِقَ فُلاَناً عَنْ ظِهَارِي وَهُوَ مُتَظَاهِرٌ، لَمْ يَكُنْ مُولِياً، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَ فُلاَناً عَنْ ظِهَارِهِ، وَعَلَيْهِ فِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ. قال المزني: أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ: أَنْ لاَ يَكُونَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ. أَلاَ تَرَى أَنَّهُ يَقُولُ: لَوْ قَالَ: لِلَّهِ عليَّ أَنْ أَصُومَ يَوْمَ الخَمِيسِ عَنِ اليَوْمِ الَّذِي عَلَيَّ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ صَوْمُ يَوْمَ الخَمِيسِ، لأَنَّهُ لَمْ يُنْذِرْ فِيهِ بِشَيْءٍ يَلْزَمُهُ. وَإِنَّ صَوْمَ يَوْمٍ لاَزِمٌ، فَأَيَّ يَوْمٍ صَامَهُ أَجْزَأَ عَنْهُ وَلَمْ يَجْعَلْ لِلنَّذْرِ فِي ذَلِكَ مَعْنَى يَلْزَمُهُ بِهِ كَفَّارَةٌ فَتَفَهَّمْ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن هذا كله يتفرع على قوله في الجديد: بأن الإيلاء ينعقد بكل يمين. وإذا كان كذلك، فصورة هذه المسألة أن يقول وقد تظاهر وعاد: إن أصبتك فلله عليّ أن أعتق عبدي سالماً عن ظهاري، فصار ناذراً بعتق سالم عن ظهاره، وحالفاً بعتق سالم في إيلائه. إلا أنه جعل تعيين عتقه في الإيلاء مضموناً في ذمته، وجعل عتقه في المسألة الأولى ناجزاً، فهذا فرق ما بينهما.

وإذا كان كذلك، فإيلاؤه في هذه المسألة مبني على وجوب تعيين عتقه بهذا النذر. فعلى مذهب الشافعي رحمه الله: يجب بهذا النذر تعيين عتقه، إلا أنه نذر لجاجٍ خرج

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

مخرج اليمين، فكان فيه بعد اللزوم مخيراً بين: عتقه التزاماً لحكم النذر، وبين الكفارة التزاماً لحكم اليمين؛ فصار بالتخيير في التزام أحدهما ملتزماً بالإصابة ما لم يكن ملتزماً قبلها، فلذلك صار مولياً.

وقال المزني: لا يلزمه بهذا النذر تعيين العتق، ولا يكون بتعيينه مولياً، احتجاجاً بالصوم إذا كان عليه صوم يوم من كفارة أو قضاء، فنذر أن يصوم هذا اليوم الذي عليه يوم الخميس، لم يتعين صومه فيه، وكان مخيراً بين: صومه، أو صوم غيره. كذلك العتق، إذا وجب عليه في الظهار فعيَّنه بالنذر في عبد بعينه، لم يتعين فيه، وكان بالخيار بين: عتق ذلك العبد، وبين عتق غيره. واحتج على أن النذر لا يوجب التعيين في العتق والصوم، بأن الواجب بالنذر ما لم يكن واجباً بغير النذر والعتق والصوم، قد وجب بغير النذر، وليس في التعيين زيادة في الوجوب، فلذلك لم يتعينا، ولم يصر مولياً بتعين العتق، كما لم يصر مولياً بتعين الصوم.

وهذا الذي قاله المزني خطأ. أما تعيين العتق الواجب بالنذر فواجب، لا يختلف فيه مذهب الشافعي وسائر أصحابه، حتى لو قال وعليه عتق رقبة واجبة: إن شفى الله مريضي، فلله عليَّ أن أعتق عبدي هذا عن الرقبة التي عليَّ، فشفى الله مريضه، تعين عتق الرقبة في ذلك العبد بعينه، ويكون أصل العتق مستحقاً بالوجوب المتقدم، وتعينه مستحق بالنذر الحادث، مستوي في تعيين العتق حكم الابتداء والانتهاء. وأما تعيين الصوم الواجب بالنذر، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: حكاه ابن أبي هريرة: إنه يتعين بالنذر كالعتق، حتى لو قال: عليه صوم يوم واجب إن شفى الله مريضي، فلله عليَّ أن أصوم اليوم الذي عليَّ في يوم الخميس، فشفى الله مريضه، لزمه صومه فيه، فيستوي تعيين الصوم في الابتداء والانتهاء كالعتق. وإنما يتعيّنان بالنذر في الانتهاء، كما يتعينان بالنذر في الابتداء، لأن تعيين الحقوق أشق وأثقل من إرسالها، فصار ملتزماً بالتعيين زيادة مشقة وثقل لم يكن فلذلك وجب بالنذر، فعلى هذا يكون مولياً بتعيين الصوم، كما يكون مولياً بتعيين العتق.

والوجه الثاني: وهو الذي عليه جمهور أصحابنا، وقد نص عليه الشافعي في «الأم»: إن الصوم الواجب لا يتعين بالنذر، والعتق الواجب يتعين بالنذر، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن صوم الأيام يتساوى، فصوم يوم السبت كيوم الأحد، ليس بينهما زيادة ولا تفاضل، فلذلك لم يتعين ما وجب منه بالنذر لتساويه. وعتق الرقاب يتفاضل، فيكون رقبة قيمتها مائة دينار، ورقبة قيمتها دينار، وكلاهما يجزيان في الكفارة، فلذلك تعين ما وجب منه بالنذر لتفاضله.

والفرق الثاني: وهو أصح: أن الصوم من حقوق الله سبحانه المحضة التي لا تتعلق بحق آدمي، فاستوى في حق الله جميع أيام الله. ألا تراه لو نذر صوم يوم الخميس ففاته صومه بعذر أو بغير عذر، قضاه في غيره، ولو عجله قبل الخميس لم يجزه لتقديمه على وجوبه؟ وليس كذلك تعين العتق، لأن فيه حق الآدمي لا يجوز إسقاطه. ألا تراه لو نذر عتق عبد بعينه فمات، لم يلزمه عتق غيره؟ ولو قدر عتقه بعد ثلاثة أيام جاز تعجيل عتقه، فلهذين الفرقين ما تعين العتق الواجب بالنذر، ولم يتعين الصوم الواجب بالنذر. واستوى تعين العتق في الابتداء والانتهاء، وافترق تعيين الصوم في الابتداء والانتهاء.

فعلى هذا، يكون مولياً بتعيين العتق الواجب، ولا يكون مولياً بتعيين الصوم الواجب.

فأما ما نقله المزني عن الشافعي: أنه لا يكون مولياً بتعيين العتق الواجب في هذه المسألة وقد كان أبو علي بن أبي هريرة يقول: إنما نقل ذلك على مذهبه في القديم أنه لا يكون مولياً إلا في اليمين بالله تعالى، فأما مذهبه في الجديد أنه يكون مولياً بكل يمين: فإنه يكون مولياً، فلم يكن من المزني خطأ في النقل، وإن كان مخالفاً للشافعي في المذهب.

وذهب سائر أصحابنا: إلى أنه أخطأ على الشافعي في النقل، كما خالفه في المذهب. لأن الشافعي نص على هذه المسألة في كتاب الأم والإملاء، وهما من الجديد لا من القديم، ولم يختلف مذهبه في الجديد بأنه يكون مولياً بكل يمين تلزم، سواء كانت بالله تعالى أو بغيره، من عتق أو طلاق أو غيره.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من إيلائه بتعيين العتق الواجب عن ظهاره، وجب أن يوقف أربعة أشهر. فإذا طولب بالفيئة أو الطلاق، فإن فاء ووطيء فقد لزمه النذر. والنذر ضربان: نذر طاعة يقصد به القربة، ونذر لجاج خرج مخرج اليمين.

فأما نذر الطاعة، المقصود به: القربى، فكقوله: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ عتق عبدي هذا، فإذا شفى الله مريضه لزمه عتق عبده، ولم يكن مخيراً بينه وبين غيره.

وأما نذر اللجاج الخارج مخرج الأيمان فهو: ما قصد به منع نفسه من شيء، أو إلزام نفسه فعل شيء كقوله: إن كلمت زيداً فلله عليَّ عتق عبدي هذا، أو إن لم أدخل الدار فلله عليَّ عتق رقبة. فإذا كلم زيداً أو لم يدخل الدار، وجب النذر، وكان مخيراً فيه بين التزام ما نذره من العتق اعتباراً بالنذور، وبين كفارة يمين اعتباراً بالأيمان. ونذره في هذا الموضع نذر لجاج، خرج مخرج اليمين، فكان فيه مخيراً بين: عتق عبده الذي عينه، وبين العدول عنه إلى كفارة يمين. فإن عدل إلى الكفارة، سقط بها حكم إيلاؤه، وكان مخيراً في العتق عن ظهاره بين عتق ذلك العبد وبين عتق غيره، كحاله قبل نذره؛ لأن النذر قد خرج منه بالتكفير. فإن أعتق ذلك العبد عن ظهاره، أجزأه وجهاً واحداً، لأنه عتق اختص بظهاره وحده. وإن لم يكفر في إيلائه وأعتق ذلك العبد فيه عن ظهاره، خرج بعتقه عن حكم الإيلاء، وفي أجزاء عتقه عن ظهاره وجهان على ما مضى:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: يجزئه عن الظهار، لتعين عتقه بعد وجود الظهار.

والوجه الثاني: لا يجزيه ذلك عن ظهاره، لأنه عتق مشترك بين ظهاره وبين إيلائه. فهذا حكم إيلائه إن فاء فيه.

فأما إن طلق، فقد خرج بالطلاق من حكم الإيلاء، وكان مخيراً في الظهار بين: عتق ذلك العبد، وبين عتق غيره. لأن النذر لم يلزم لعدم الوطء، فكان في الظهار على حكم الأصل في عتق أي عبد شاء. فإن أعتق ذلك العبد أجزأه وجهاً واحداً، كما يجزيه عتق غيره، لأنه لم يخرج بعتقه من حق الإيلاء.

فعلى هذا، لو راجع في العدة بعد طلاقه، نظر: فإن كانت رجعته قبل العتق عن ظهاره عاد الإيلاء، واستؤنف له الوقف كالابتداء. وإن كانت رجعته بعد العتق عن ظهاره، لم يخل من أن يكون قد أعتق ذلك العبد، أو أعتق غيره. فإن كان قد أعتق غيره، عاد الإيلاء بعد رجعته لبقاء العبد الذي يكون مخيراً بين عتقه وكفارته. فإن كان قد أعتق ذلك العبد، ففي عود الإيلاء وجهان:

أحدهما: لا يعود، وهو الأظهر لفوات العبد المنذور في الإيلاء. فعلى هذا، لو كان قد باع العبد في مدة الوقف، سقط حكم الإيلاء.

والوجه الثاني: إن حكم الإيلاء يعود، لأن حكم نذره يتعلق بالكفارة كتعلقه بعتقه،

والكفارة مقدور عليها، فقامت مقام وجوده، ويكون وجوده موجباً للتخير بين عتقه وبين التكفير وفوات عتقه، مسقطاً للتخيير موجباً للتكفير. فعلى هذا، لو باع العبد في مدة الوقف، أو مات، لم يسقط الإيلاء. والله تعالى أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ آلَى ثُمَّ قَالَ لأُخْرَى: قَدْ أَشْرَكْتُكِ مَعْهَا فِي الإِيْلاَءِ، لَمْ تَكُنْ شَرِيكَتَهَا لأَنَّ اليَمِيْنَ لَزِمَتْهُ لِلأُوْلَى، وَالْيَمِيْنَ لاَ يُشْتَرَكُ فِيْهَا)[1].

قال الماوردي: إعلم أن الإيلاء على ضربين:

أحدهما: أن يكون معقوداً على اليمين بالله تعالى.

والثاني: أن يكون معقوداً بكل يمين لازمة.

فإن عقدها بالله تعالى، فقال لإحدى زوجتيه: والله لا أصبتك، ثم قال للأخرى: وأنت شريكتها، يعني: في الإيلاء، كان مولياً من الأولى، ولم يكن مولياً من الثانية. ولو طلق إحداهما وقال للأخرى: وأنت شريكتها، يعني: في الطلاق، كان مطلقاً لهما. وهكذا لو ظاهر من إحداهما، ثم قال للأخرى: وأنت شريكتها، يعني: في الظهار، كان مظاهراً منهما.

فإن قيل: فلم لم تكن الثانية شريكة الأولى في الإيلاء إذا أراده، وكانت شريكة لها في الطلاق والظهار إذا أراده؟.

قيل: لأن الإيلاء يمين بالله تعالى لا تنعقد بالكناية، والطلاق والظهار يقعان وينعقدان بالكناية. ألا تراه لو قال: إن حلف زيد بالله تعالى فأنا حالف به، لم يصر حالفاً إذا حلف زيد. ولو قال: إن طلق زيد فإمرأتي طالق، لزمه الطلاق بطلاق زيد.

والفرق بينهما: في دخول الكناية في الطلاق والظهار، وانتفاء الكناية عن اليمين من وجهين:

أحدهما: أن اليمين بالله تعالى حرمة التعظيم، فلم يجز لعظم حرمته أن يكنى عنه، وليس للطلاق والظهار حرمة تعظيم، فجازت الكناية عنهما.

والثاني: إنه لما لم تصح النيابة في اليمين تغليظاً، لم تصح فيها الكناية. ولما صحت النيابة في الطلاق والظهار تخفيفاً، صحت فيهما الكناية.

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

والفرق بينهما: في صحة النيابة في الطلاق والظهار، وانتفاء النيابة عن اليمين من وجهين:

أحدهما: أن مقصود اليمين التعظيم، فلم تصح فيه النيابة. ومقصود الطلاق والظهار التحريم، فصح فيه النيابة.

والثاني: أن تأثير اليمين في الحالف، فلم يجز استنابة غيره. وتأثير الطلاق والظهار في غيره، فجاز فيهما استنابة غيره. والله أعلم.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو إذا عقدها بعتق أو طلاق وجعلناه مولياً بهما على قوله في الجديد. فإذا قال لإحدى زوجتيه: إن وطئتك فأنت طالق، أو فعبدي حر. ثم قال للأخرى: وأنتِ شريكتها، سئل عن إرادته، وله في الإرادة أربعة أحوال:

أحدها: أن يقول: أردت بقولي أنت شريكتها، إنني متى وطئت الثانية مع الأولى فالأولى طالقة، فهذا يكون مولياً من الأولى دون الثانية، ولا تكون الثانية شريكة للأولى؛ ولا يكون وطئها شرطاً في طلاق الأولى، لأنه علق طلاق الأولى بشرط واحد وهو: وطؤها، فلم يجز أن يضم إليه شرطاً ثانياً بوطء الثانية لما فيه من رفع حكم الشرط الأول بعد انعقاده.

ألا تراه لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، ثم قال: وإن دخلت الدار، يريد: أن طلاقها لا يقع بكلام زيد حتى تدخل الدار، لم يثبت الشرط الثاني، وتعلق الطلاق بوجود الشرط الأول.

والحال الثانية: أن يقول: أردت بقولي: أنت شريكتها، أنني متى وطئت الأولى فهي طالق مع الثانية، فهذا يكون مولياً من الأولى على ما كان عليه قبل مشاركة الثانية لها، وحالف بطلاق الثانية، ولا يكون مولياً منها لأنه علق طلاقها بوطء الأولى، لا بوطئها.

والحال الثالثة: أن يقول أردت بقولي: وأنت شريكتها إنني متى وطئت الأولى والثانية فهما طالقان فقد زاد بهذا شرطاً ثانياً في طلاق الأولى، فلم يثبت وكان طلاقها معلقاً بالشرط الأول وهو وطؤها والشرط الثاني وهو وطء الثانية لغو في طلاق الأولى، ثم قد علق طلاق الثانية بشرطين:

أحدهما: وطء الأولى.

والثاني: وطء الثانية. فلا يكون مولياً من الثانية ما لم يطأ الأولى، لأنه يقدر على وطء الثانية ولا يقع طلاقها. فإذا وطىء الأولى، صار حينئذ مولياً من الثانية، لأنه متى وطئها طلقت.

والحالة الرابعة: أن يقول: أردت بقولي وأنت شريكتها، إنني متى وطئتك فأنت طالق، كما أنني متى وطئت الأولى كانت طالقاً، فهذا يكون مولياً من الثانية. لأنه متى وطئها وحدها، طلقت.

والفرق بين أن يجعلها شريكتها في هذه الحال الرابعة فيكون مولياً إذا كانت يمينه بالطلاق، ولا يكون فيها مولياً إذا كانت يمينه بالله تعالى: ما قدمناه من أن هذا كناية تنعقد بها اليمين بالطلاق، ولا تنعقد به اليمين بالله تعالى.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ قَرِبْتُكِ فَأَنْتِ زَانِيَةٌ، فَلَيْسَ بِمُولٍ، وَإِنْ قَرِبَهَا فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ إِلَّا بِقَذْفٍ صَرِيحٍ)[1].

قال الماوردي: وإنما لم يكن هذا مولياً لأنه يقدر على إصابتها من غير التزام شيء، وإنما لم يلزمه شيء لأنه علق إصابتها بقذف، وليس بقذف، ولا حد فيه، وإنما لم يكن قذفاً لثلاثة معان:

أحدها: أنه جعل وطأه لها زناً، وهو يطؤها بعقد نكاح لا يجوز أن يصير زناً، فتحققنا كذبه فيه، فصار كقوله: كل الناس زناة، فلا يكون قذفاً، ولا يوجب حداً ليقين كذبه.

والثاني: أن القذف بالزنا إخبار عن فعل ماضٍ وهذا معلق بفعل مستقبل، فلم يكن قذفاً، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت زانية، لم يكن قذفاً.

والثالث: أن القذف ما كان مطلقاً، وهذا معلق بصفة، فلم يصر بوجود الصفة قذفاً. كما لو قال: إن كلمت زيداً فأنت زانية، لم يكن قذفاً. وإن كلمته، فصار فساد هذا القذف يمنع من وجوب الحد، وسقوط الحد يمنع من دخول الضرر عليه بالوطء، ومنع الضرر بالوطء يخرجه من الإيلاء.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لا أُصِيبُكِ سَنَةً إِلَّا مَرَّةً، لَمْ

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

يَكُنْ مُولِياً. فَإِنْ وَطِىءَ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ السَّنَةِ أَكْثَرُ مِنَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَهُوَ مُولٍ. وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، فَلَيْسَ بِمُولٍ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قال: والله لا أصبتك سنة إلا مرة واحدة، فقدر مدة يمينه بسنة، واستثنى منها وطء مرة واحدة، فمذهب الشافعي في الجديد، والمشهور من قوله في القديم: إنه لا يكون مولياً، لأن المولى من لا يقدر على الوطء إلا بالحنث، وهذا يقدر على وطء تلك المرة بغير حنث، فلم يكن في الحال مولياً.

وقال في القديم: يكون مولياً في الحال. وبه قال مالك.

فخرجه أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة قولاً ثانياً: إنه يكون في الحال مولياً، تعليله: أن المولى من يدخل عليه بالوطء ضرر، وهذا قد يدخل عليه بالوطء الأول ضرر لأنه يصير به مولياً، والإيلاء ضرر، فكان ما أدى إليه ضرراً، فلذلك صار به مولياً.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن المولى من امتنع من الوطء بيمين، وليس عليه في وطء هذه المرة يمين، فلم يكن مولياً.

والثاني: أن ضرر الإيلاء التزام ما لا يلزم، وهذا ليس يلزمه بالوطء الأول شيء، فلذلك لم يكن في الحال مولياً.

وإذا كان هكذا، نظر: فإن لم يطأ حتى مضت السنة سقطت اليمين، ولم يستحق عليه في السنة مطالبة. وإن وطىء في السنة مرة، لم يحنث به لأنه مستثنى من يمينه، ويصير الحنث معلقاً بالوطء في بقية السنة. فإذا كان كذلك، نظر في باقي السنة: فإن كان أربعة أشهر فما دون لم يكن مولياً، وإن كان حالفاً لقصوره عن مدة الإيلاء، وإن كان الباقي منها أكثر من أربعة أشهر، صار مولياً، وتضرب له مدة الإيلاء، لأن زمان الحنث يتسع لمدة الوقف.

فعلى هذا، لو قال: والله لا أصبتك سنة إلا مرتين، فعلى ما حكيناه من قوله في القديم: يكون مولياً في الحال، وعلى قوله في الجديد، وهو الصحيح: إنه لا يكون في الحال مولياً، لاستثنائه من مدة يمينه وطء مرتين، فهو يقدر على الوطء في الحال بغير

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

حنث. فإذا وطء مرة لم يحنث، ولا يصير بها مولياً، لأنه قد بقي من استثنائه وطء مرة أخرى. فإذا وطيء المرة الثانية، وفي السنة بقية، وقع الحنث به. وإن وطيء بعدها، فينظر في بقية السنة: فإذا كان أكثر من أربعة أشهر صار مولياً، وإن كان أقل لم يكن مولياً، وإن كان حالفاً.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَصَبْتُكِ، فَوَاللَّهِ لاَ أَصَبْتُكِ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِياً حَتَّى يُصِيبَهَا، فَيَكُوْنَ مُوَلِياً)[1].

قال الماوردي: وهذه المسألة كالتي قبلها في: أنه استثناء من يمينه وطء مرة. ومخالفة لها في: أن تلك مقدرة بسنة، وهذه مطلقة على الأبد.

فإذا قال لها: إن وطئتك فوالله لا وطئتك، فهو كقوله: والله لا وطئتك إلا مرة. فمذهب الشافعي في الجديد: لا يكون في الحال مولياً، لأنه يقدر على وطئها في الحال من غير حنث. وعلى قوله في القديم، وهو مذهب مالك: يكون في الحال مولياً، يستضر بوطئه في الحال لانعقاد الإيلاء به. وقد أبطلناه بما ذكرنا من الوجهين في المسألة الأولى.

وإذا كان هكذا وصح به ما ذكرنا من قوله في الجديد، لم يكن في الحال مولياً ما لم يطأ، ولا يستحق عليه المطالبة، وإن تطاول به الزمان، لخروجه عن حكم الإيلاء. فإذا وطيء مرة، صار حينئذ مولياً على الإطلاق، لأن زمان يمينه مؤبد غير مقدر، بخلاف المسألة الأولى، فيوقف لها منه الإيلاء. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لا أَقْرُبكِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ أَوْ حَتَّى يَخْرُجَ الدَّجَّالُ، أَوْ حَتَّى يَنْزِلَ عِيسَى بْنُ مَرْيَمَ، أَوْ حَتَّى يَقْدُمَ فُلاَنٌ، أَوْ يَمُوتَ، أَوْ تَمُوتِي، أَوْ تَفْطِمِي ابْنَكِ، فَإِنْ مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِمَّا حَلَفَ عَلَيْهِ، كَانَ مُولِياً. وَقَالَ فِي مَوْضِعِ آخَرَ: حَتَّى تَفْطِمِي وَلَدَكِ لَمْ يَكُنْ مُولِياً، لأَنَّهَا قَدْ تَفْطِمُهُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ أَكْثَرَ مِنَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ. قال المزني رحمه الله: هَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ. الفصل)[2].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٨. وتتمة الفصل: «لأن أصله أن كل يمين منعت الجماع بكل حال أكثر من أربعة أشهر إلا بأن يحنث فهو مول، وقوله: حتى يشاء فلان فليس بمولٍ، حتى يموت فلان. قال المزني: وهذا مثل قوله: حتى يقدم فلان أو يموت، سواء في القياس، وكذلك حتى تفطمي ولدك إذا أمكن الفطام في أربعة أشهر. ولو قال: حتى تحبلي فليس بمولٍ. قال المزني رحمة الله: هذا مثل قوله: حتى يقدم فلان، =

قال الماوردي: قد تمهد بما قدمناه من أصول الوطء: أنه لا يكون مولياً إلا أن تزيد مدة إيلائه على أربعة أشهر، وإذا كان كذلك، لم تخل مدة إيلائه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون مطلقة.

والثاني: أن تكون مقيدة بزمان.

والثالث: أن تكون معلقة بشرط.

أما القسم الأول: وهو المدة المطلقة، فهو أن يقول: والله لا أصبتك، فإطلاقها يقتضي الأبد. فهو كقوله: والله لا وطئتك أبداً، والتلفظ بالأبد هاهنا تأكيد، فهذا أقوى.

وأما القسم الثاني: المقدر بالزمان. فهو أن يقول: والله لا أصبتك إلى سنة كذا، أو إلى شهر كذا، أو إلى يوم كذا، فينظر في هذا الزمان: فإن زاد على أربعة أشهر كان مولياً، وإن تقدر بأربعة أشهر فما دون لم يكن مولياً.

وأما القسم الثالث: وهو المعلق بشرط، فهو على ثمانية أقسام:

أحدها: ما كان به مولياً في الظاهر والباطن لاستحالته، وهو كقوله: والله لا أصبتك حتى تصعدي السماء، أو حتى تصافحي الثريا، أو حتى تعدي رمل عالج، أو حتى تنقلي جبل أبي قبيس، أو حتى تشربي ماء البحر وما شابه كل ذلك، فيكون مولياً لاستحالة وجود هذه الشرائط، فكان ذكرها لغواً، وصار الإيلاء معها مرسلاً.

والقسم الثاني: ما كان به مولياً في الظاهر والباطن، للقطع والإحاطة بأنه سيكون بعد أكثر من أربعة أشهر. كقوله: والله لا وطئتك حتى تقوم القيامة، فهذا مول في الظاهر والباطن، لأنه قد تتقدم القيامة أشراط منذرة، فنحن إذا لم نر أشراطها فعلى يقين من تأخرها عن أربعة أشهر.

والقسم الثالث: ما كان به مولياً في الظاهر، وإن جاز أن لا يكون به مولياً في الباطن. كقوله: والله لا أصبتك حتى ينزل عيسى بن مريم، أو حتى يظهر الدجال، أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج، وحتى تطلع الشمس من مغربها، أو ما جرى هذا المجرى من أشراط

= أو يشاء فلان، لأنه قد يقدم ويشاء قبل أربعة أشهر، فلا يكون مولياً. قال المزني رحمة الله عليه: وأما قوله: حتى تموتي، فهو مول بكل حال كقوله: حتى أموت أنا، وهو كقوله: والله لا أطؤك أبداً، فهو مولٍ من حين حلف».

الساعة التي الأغلب تأخرها عن مدة الإيلاء، وإن جاز في الممكن تقدمها، فلذلك جعلناه بها مولياً في الظاهر دون الباطن، وألزمناه بها حكم المولى في الباطن والظاهر.

ومن أصحابنا من جعل أشراط الساعة كلها كالقيامة في أنه يكون بها مولياً في الظاهر والباطن، لأن لها أمارات منذرة كالقيامة تتأخر قبل وجودها عن مدة التربص.

والأصح من إطلاق هذين، أن يقال: ما صحت به أخبار الأنبياء عليهم السلام أنها تترتب، فيكون بعضها بعد بعض، كنزول عيسى بن مريم عليه السلام يكون من بعد ظهور الدجال، كان إيلاؤه إلى نزول عيسى بن مريم ظاهراً وباطناً، وإيلاؤه إلى ظهور الدجال ظاهراً دون الباطن؛ لجواز حدوثه قبل أربعة أشهر. وما لم يترتب منها فهو به مول في الظاهر دون الباطن، وهذا من الاختلاف الذي لا يفيد، لأن موجب الإيلاء فيهما لا يختلف.

فأما إذا قال: والله أصبتك حتى أموت أو تموتي، فهو مما يكون به مولياً في الظاهر دون الباطن، لجواز موتهما قبل مدة التربص، وإنما صار مع جواز الموت قبل المدة مولياً في الظاهر لعلتين:

إحداهما: أن الظاهر بقاؤهم إلى مدة التربص، وإن جاز موتهما قبلها، فحكم بالظاهر.

والعلة الثانية: أنهما لو أطلقا ذلك على الأبد، لا تقدر بمدة حياتهما.

فعلى هذين التعليلين لو قال: والله لا أصبتك حتى يموت زيد. فإن كان زيد في مرض مخوف، لم يكن به مولياً، لأن الظاهر من حاله موته قبل مدة التربص، لأمارات الموت بحدوث الخوف.

وإن كان زيد صحيحاً أو في مرض غير مخوف، فعلى التعليل الأول: يكون به مولياً في الظاهر دون الباطن اعتباراً بظاهر بقائه إلى مدة التربص. وعلى التعليل الثاني: لا يكون به مولياً، لا في الظاهر ولا في الباطن، لتردد حاله بين الموت والبقاء. وإن إيلاء الزوجين لو كان مطلقاً لم يتقدر بموته، وحمله على التعليل الأول أصح. لأنه لو قال: إن أصبتك فعبدي حر، كان مولياً في الظاهر، وإن جاز أن يموت عبده أو يبيعه قبل مدة التربص فلا يكون مولياً؛ لكن علينا حكم الظاهر، مع جواز خلافه.

والقسم الرابع: ما اختلف حكمه باختلاف حال الشرط. كقوله: والله لا أصبتك حتى

يقدم زيد فينظر غيبة زيد، فإن كان بمكان مسافته أكثر من أربعة أشهر كالصين كان به مولياً، وإن كان بمكان مسافته أقل لم يكن به مولياً، لجواز قدومه قبل مدة التربص، سواء قدم قبلها أو لا.

وإن لم يعلم غيبة زيد، لم يكن به مولياً أيضاً، لجواز قدومه قبل المدة. وكقوله: والله لا أصبتك حتى تحبلي، فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون ممن لا يجوز أن تحبل قبل مدة التربص لصغرها أو لإياسها فيكون بذلك مولياً.

والحال الثانية: أن تكون ممن يجوز أن تحبل في الحال لكونها بالغة من ذوات الأقراء، فلا يكون بذلك مولياً لإمكان حبلها وتساوي الأمرين فيه.

والحال الثالثة: أن تكون مراهقة، لجواز أن يتعجل بلوغها فتحبل، ويجوز أن يتأخر بلوغها فلا تحبل.

قال أبو حامد الإسفراييني رحمه الله: يكون بذلك مولياً، لأن الظاهر تأخر البلوغ، وتأخره مانع من الحبل.

والصحيح عندي: أنه لا يكون به مولياً، لأن الظاهر بلوغ المراهقة ممكن، كما أن حبل البالغة ممكن، وليس أحد الأمرين بأغلب من الآخر. وإذا أمكن بلوغها، أمكن حبلها.

والقسم الخامس: ما يختلف باختلاف إرادته. كقوله: والله لا أصبتك حتى تفطمي ولدك فإن أراد به قطع الرضاع لم يكن به مولياً، لأنه يمكنها قطعه في الحال. وإن أراد به مدة رضاع الحولين، نظر في الباقي منها: فإن كان أكثر من أربعة أشهر كان مولياً، وإن كان أقل لم يكن مولياً.

ومن أصحابنا من جعل هذا من القسم الرابع الذي يختلف باختلاف حاله، لا باختلاف إرادته، فقال: إن كان الولد طفلاً لا يجوز قطع رضاعه قبل أربعة أشهر كان به مولياً، وإن كان مشداً يجوز قطع رضاعه قبل أربعة أشهر لم يكن به مولياً. والأول أصح، وهو قول ابن سريج والأكثر من أصحابنا. لأن قطعها لرضاعه ممكن، وإن منع منه الشرع. والإيلاء متعلق بإمكان الفعل، لا بجوازه في الشرع.

وعلى هذا الاختلاف لو علق بما يمكن فعله لكن يمنع الشرع منه، كقوله: والله لا

أصبتك حتى تقتلي أخاك، لم يكن مولياً على معنى قول أبي العباس، لأنها تقدر على قتله في الحال، وكان مولياً على قول من خالفه، لأن الشرع منعها من قتله. ومن هذا القسم أن يقول: والله لا أصبتك حتى تخرجي إلى الحج، فإن أراد به زمان الخروج المعهود كان به مولياً إذا بقي إليه أكثر من أربعة أشهر، وإن أراد به فعلها للخروج، لم يكن به مولياً لأنه يمكنها الخروج قبل المدة.

والقسم السادس: ما يختلف باختلاف زمانه. كقوله: والله لا أصبتك حتى يسقط البلح، أو يجمد الماء. فإن كان هذا في الشتاء وزمان البرد، لم يكن به مولياً لإمكانه في الحال. وإن كان في الصيف وزمان الحر، نظر: فإن كان في آخره والباقي من الشتاء أقل من أربعة أشهر، لم يكن مولياً. وإن كان في أوله والباقي منه إلى الشتاء أكثر من أربعة أشهر، كان مولياً.

ولو قال: والله لا أصبتك حتى يجيء المطر، فمن أصحابنا من جعله في أول الصيف كالثلج يكون به مولياً، لتعزره في الأغلب.

ومن أصحابنا من قال: لا يكون به مولياً. وفرق بينه وبين الثلج: بأن المطر قد يجيء في الصيف، والثلج لا يكون في الصيف. فأما البلاد التي يعهد فيها المطر صيفاً وشتاءاً، كبلاد طبرستان، فلا يكون به مولياً، لا يختلف أصحابنا فيه.

والقسم السابع: ما لا يكون مولياً لتكافؤ أحواله. كقوله: والله لا أصبتك حتى يبرأ هذا المريض، أو حتى يمرض هذا الصحيح، أو حتى تتعلمي الكتابة، أو حتى يطلق فلان زوجته، أو حتى يعتق عبده، فلا يكون بذلك مولياً لإمكان حدوثه وتقدمه على مدة التربص كإمكان تأخره عنه. وهكذا لو قال: لا أصبتك حتى تلبسي هذا الثوب، أو تدخلي هذه الدار، أو حتى أخرجك من هذا البلد، لم يكن مولياً لإمكان فعل ذلك في الحال. ولا يلزمه إخراجها من البلد ليبر في يمينه إن وطء، لأنه إذا لم يصر مولياً لم يلزمه وطؤها، ولم يطالب بفيئة ولا طلاق.

والقسم الثامن: ما لا يكون به مولياً لكونه قبل أربعة أشهر كقوله: والله لا أصبتك حتى تذبل هذه البقلة، أو حتى يختمر هذا العجين، أو حتى يحمص هذا العصير، أو حتى ينضج هذا القدر، فلا يكون بذلك مولياً لوجود هذا كله في أكثر من مدة الإيلاء.

فأما المزني فإنه جمع بين سبع مسائل، ورأى الشافعي قد خالف في جواب بعض ما

يتكلم عليه، وليس اختلاف جوابه لاختلاف قوله، وإنما هو لاختلاف الأحوال على ما بيناه في فطام الولد، وقدوم الغائب. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لاَ أَقْرَبُكِ إِنْ شِئْتِ، فَشَاءَتْ فِي المَجْلِسِ، فَهُوَ مُولٍ)[1].

قال الماوردي: أعلم أن تعليق الإيلاء بمشيئتها على أربعة أقسام:

أحدها: أن يقول: والله أقربك إن شئت أن لا أقربك، فتكون مشيئتها أن لا يقربها شرطاً في الإيلاء منها. فإن شاءت أن لا يقربها، انعقد الإيلاء. وإن لم تشأ، لم ينعقد.

والقسم الثاني: أن يقول والله لا قربتك إن شئت أن أقربك، فيكون مشيئتها أن يقربها شرطاً في انعقاد الإيلاء منها. فإن شاءت أن يقربها انعقد الإيلاء فيها، وإن لم تشأ لم ينعقد، بخلاف القسم الأول.

والقسم الثالث: أن يقول: والله لا أقربنك إن شئت، فتكون مشيئتها أن لا يقربها شرطاً. ولا تكون مشيئتها أن يقربها شرطاً، وإنما وجب حمله على ذلك مع الإطلاق، لأن من حكم الشرط أن يكون وفق المشروط الذي حلف عليه، وهو حلف أن لا يقربها، فوجب أن تكون مشيئتها أن لا يقربها.

والقسم الرابع: أن يقول: والله لا أقربك إلا أن تشائي، فيكون مشيئتها أن لا يقربها شرطاً في رفع الإيلاء، لا في انعقاده، بخلاف ما تقدم، فإن شاءت لم ينعقد، وإن لم تشأ انعقد، لأن قوله: والله لا أقربك، إثبات. وقوله: إلا أن تشائي، نفي. فصار مثبتاً للإيلاء بغير شرط، ومثبتاً له بوجود الشرط.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أحكام الأقسام الأربعة، انتقل الكلام إلى صفة مشيئتها. ولا يجوز أن تكون على التراخي، كما لو علق طلاقها بمشيئتها، لأن فيهما نوعاً من التمليك. وهل يراعى فيه حكم الفور، أو حكم المجلس؟ على وجهين مضيا في كتاب الطلاق:

أحدهما: يراعي حكم الفور. فعلى هذا، يحتاج أن تكون مشيئتها جواباً في الحال كالقبول في العقود، وإن تمادى زماناً، وإن قل، أو تخللهما كلام، بطلت مشيئتها فلم يتعلق بها حكم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

والوجه الثاني: أن يراعى فيها المجلس. فإن شاءت قبل الافتراق صحت مشيئتها، وثبت حكمها. وإن شاءت بعد الافتراق، فلا حكم لمشيئتها.

فإن قيل: فهلا كان تعليق الإيلاء بمشيئتها رضاً منها بإسقاط حقها من المطالبة، كتعليق الطلاق في المرض بمشيئتها رضاً منها في إسقاط حقها من الميراث؟.

قيل: الفرق بينهما، أن المطالبة بحكم الإيلاء لا يجب إلا بثبوت الإيلاء، فلم يكن رضاها بالإيلاء مسقطاً لثبوت حقها منه. والميراث يسقط بالطلاق، فجاز أن يكون رضاها بالطلاق مسقطاً لحقها من الميراث.

فصل: ولو قال: والله لا أقربك إن شاء زيد، فلا يعتبر الفور في مشيئة زيد، بخلاف مشيئتها. لأنه إذا علق ذلك بمشيئتها، كان فيه تمليك، فروعي فيه الفور. وإذا علقه بمشيئة غيرها، لم يكن فيه تمليك، فلم يراع فيه الفور. فمتى قال زيد: قد شئت على الفور أو التراخي، انعقد الإيلاء. وإن قال: لست أشأ، لم ينعقد. وإن مات ولم تعلم مشيئته، لم ينعقد الإيلاء، لأن الأصل أن لا مشيئة. والله تعالى أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالإِيْلاَءُ فِي الغَضَبِ وَالرِّضَا سَوَاءٌ، لِمَا تَكُوْنُ اليَمِينُ فِي الغَضَبِ وَالرِّضَا سَوَاءٌ، وَقَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى الإِيلاَءَ مُطْلَقاً)[1].

قال الماوردي: الإيلاء في الغضب والرضا سواء، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: لا يكون مولياً إلا في الغضب دون الرضا، وحكى نحوه عن: علي، وابن عباس رضي الله عنهما؛ لأن قصد الإضرار إنما يكون في الغضب، فكان الغضب فيه شرطاً.

وهذا فاسد لعموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُونَ من نسائِهم تَرَبُّص أربَعَةِ أشهُرٍ﴾[2] ولم يفرق، لأنها يمين بالله تعالى، فاستوى فيها حال الغضب والرضا كسائر الأيمان، ولأن كل حال انعقدت فيها اليمين في غير الإيلاء، انعقدت فيها يمين الإيلاء، كالغضب.

فأما قصد الإضرار، فلا يراعى فيها، وإنما يراعى وجوده دون قصده، وقد وجد في الرضا كوجوده في الغضب، وإن لم يقصد.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ وَاللَّهِ لاَ أَقْرِبكِ حَتَّى أُخْرِجَكِ

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

مِنْ هَذَا البَلَدِ، لَمْ يَكُنْ مُولِياً، لأَنَّهُ قَدْ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُخْرِجَهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ، وَلاَ يُجْبَرُ عَلَى إِخْرَاجِهَا)[1].

قال الماوردي: وقد ذكرنا هذه المسألة فيما تقدم من التقسيم. فإذا حلف أن لا يقربها حتى يخرجها من البلد لم يكن مولياً، لأنه يقدر على إخراجها متى شاء، ويقربها من غير حنث. فصار كقوله: لا أقربك في هذه الدار، فلا يكون مولياً لأنه يقدر على إخراجها وإصابتها من غير حنث.

فإن قيل: فهلا كان مولياً وإن قدر على إخراجها، كما لو حلف بعتق عبده أن لا يقربها كان مولياً، وإن قدر على بيع عبده فلا يعتق بوطئها، ثم يبتاعه إن شاء.

قيل: الظاهر من الأملاك اقتناؤها واستيفاؤها، وفي بيعها ضرر، وفي تمليك الغير لها أسف، وفي استرجاعها تعذر، فصار الضرر متوجهاً عليه في بيع العبد كتوجهه في عتقه، وليس كذلك إخراجها من البلد، لأنه لا ضرر عليه، وربما كان فيه نزهة في إخراجها إلى ظاهر البلد، فافترقا.

فلو قال: لا أقربك حتى أخرجك إلى بلد كذا، فإن كان البلد الذي حلف أن يخرجها إليه على مسافة أكثر من مسافة أربعة أشهر كان مولياً. وإن كان على أقل من ذلك لم يكن مولياً.

فلو قال: لا أقربك حتى أهب عبدي، كان مولياً لأن في هبته إدخال ضرر عليه، فصار كقوله: لا أقربك حتى أعتق عبدي، فاستويا في الضرر بزوال الملك، وإن كانت الهبة أضر لعدم الثواب فيها. ولو قال: والله لا أقربك حتى أبيع عبدي: ففي إيلائه وجهان:

أحدهما: يكون مولياً، لتعليق ذلك بزوال ملكه عنه، فصار الضرر ببيعه داخلاً عليه.

والوجه الثاني: لا يكون مولياً، لأن الثمن الذي في مقابلته يمنع من دخول ضرر عليه، وربما وجد فيه أكثر من قيمته.

ولو قيل: إن كان هذا العبد للتجارة لم يكن مولياً لبيعه، وإن كان للقنية كان مولياً ببيعه، كان له وجه. لأن بيع مال التجارة مفيد، وبيع مال القنية مضر، فيكون ذلك وجهاً ثالثاً والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٨.

بَابُ الإِيْلَاءِ مِنْ نِسْوَةٍ

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ لَهُ وَاللَّهِ لا أَقْرَبُكُنَّ، فَهُوَ مُولٍ مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ، يُوقَفُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، فَإِذَا أَصَابَ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ خَرَجْتَا مِنْ حُكْمِ الإِيْلَاءِ، وَيُوقَفُ لِلْبَاقِيَتَيْنِ حَتَّى يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ، وَلَا حَنَثَ عَلَيْهِ حَتَّى يُصِيبَ الأَرْبَعَ اللَّائِي حَلَفَ عَلَيْهِنَّ كُلِّهِنَّ. وَلَوْ طَلَّقَ مِنْهُنَّ ثَلَاثاً كَانَ مُولِياً مِنَ الْبَاقِيَةِ، لأَنَّهُ لَوْ جَامَعَهَا وَاللَّوانِي طَلَّقَ، حَنَثَ. وَلَوْ مَاتَتْ إِحْدَاهُنَّ، سَقَطَ عَنْهُ الإِيْلَاءُ لأَنَّهُ يُجَامِعُ البَوَاقِيَ، وَلَا يَحْنَثُ. قال المزني: أَصْلُ قَوْلِهِ: أَنَّ كُلَّ يَمِينٍ مَنَعَتِ الجِمَاعَ بِكُلِّ حَالٍ فَهُوَ بِهَا مُولٍ، وَقَدْ زَعَمَ أَنَّهُ مُولٍ مِنَ الرَّابِعَةِ البَاقِيَةِ، وَلَوْ وَطِئَهَا وَحْدَهَا مَا حَنَثَ، فَكَيْفَ يَكُونُ مِنْهَا مُولِياً؟ الفصل)[1].

قال الماوردي: أصل هذا الباب: أن من حلف على جملة لم يحنث بتفصيلها.

فإذا قال لأربع زوجات له: والله لا أصبتكن، لم يحنث بإصابة واحدة أو اثنتين أو ثلاث، حتى يصيب الأربع كلهن. كما لو قال: والله لا كلّمت هؤلاء الأربع اليوم، لم يحنث بكلام واحدة، ولا بكلام اثنتين، ولا بكلام ثلاثة حتى يكلم الأربع كلهن، فيحنث.

وإذا كان كذلك، فالإيلاء متوجه إلى جميعهن، ولا يتعين إلا في واحدة منهن، وتعيينه فيها بوطء من سواها. فإذا جاءت واحدة منهن تطالب بحكم الإيلاء، لم يكن ذلك لها، لأنه يقدر على وطئها ولا يحنث. فإن وطئها، خرجت من حكم الإيلاء. فإن جاءت الثانية فطالبته، لم يكن لها، لأنه يقدر على وطئها ولا يحنث. فإن وطئها، خرجت من حكم الإيلاء. فإن جاءت الثالثة فطالبته، لم يكن لها، لأنه يقدر على وطئها ولا يحنث. فإن وطئها، خرجت من حكم الإيلاء، وتعين الإيلاء حينئذ في الرابعة، وكان لها المطالبة؛ لأنه متى وطئها حنث.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩ وتتمة الفصل: «ثمّ بيّن ذلك بقوله: لو ماتت إحداهنّ سقط عنه الايلاء» والقياس: أنه لا إيلاء عليه حتى يطأ ثلاثاً يكون مولياً في الرابعة، لأنه لا يقدر أن يطأها إلا حنث، وهذا بقوله أولى.

وأول مدة الوقف لها، من بعد أن تعين الإيلاء منها. لأن ما لم يكن وقتاً للحنث، لم يكن وقتاً للوقف. فإذا انقضت مدة الوقف، طولب بالفيئة أو الطلاق. فإن فاء، حنث وكفر. وإن طلق، فعلى ما مضى من خروجه من حكم الإيلاء وعوده إن راجع، هذا وجه المسألة.

فصل: فأما بيان كلام الشافعي، فقوله: «فهو مول منهن كلهن» فيه تأويلان لأصحابنا:

أحدهما: معناه، فهو حالف على الامتناع من وطئهن كلهن، ولم يرد أن الإيلاء يعتبر في كل واحدة منهن، وإنما يجيء هذا على مذهبه في القديم: إنّ ما قارب من الإيلاء كان به مولياً، وقد خرجه ابن أبي هريرة هاهنا قولاً في القديم ثانياً.

والتأويل الثاني: معناه، فهو مول منهن كلهن في الجملة، ولا يتعين إلا في واحدة منهن بوطء من سواها.

وقوله: «يوقف لكل واحد منهن» فيه لأصحابنا تأويلان أيضاً:

أحدهما: معناه، أن كل واحدة منهن محل للوقف لها، لأنه يجوز أن يتعين الإيلاء فيها.

والتأويل الثاني: معناه، أنه يوقف لكل واحدة منهن إن تعين الإيلاء فيها بوطء من سواها.

وقوله: «فإذا أصاب واحدة أو اثنتين خرجتا من حكم الإيلاء، ويوقف للباقيتين حتى يفيء أو يطلق» فخروج الموطوءتين من الإيلاء صحيح، وأما قوله: «يوقف للباقيتين» فهو محمول على التأويلين المتقدمين:

أحدهما: معناه، أنهما محل للوقف لهما.

والثاني: معناه، أنه يوقف لكل واحدة منهما إن تعين الإيلاء فيها بوطء الأخرى، وفيما ذكرناه من هذا البيان ما يمنع اعتراض المزني على ظاهر كلام الشافعي.

فصل: ثم إن الشافعي ذكر بعد الإيلاء في الأربع، فرعين:

أحدهما: أن يطلق بعد الأربع، فلا يسقط حكم الإيلاء فيمن لم يطلقها منهن. فإن طلق منهن ثلاثاً، خرجن من حكم الإيلاء بالطلاق، ويكون حكم الإيلاء موقوفاً في الرابعة، لا يتعين فيها لأنه يقدر على وطئها، ولا يحنث، ولا يسقط الإيلاء فيها لأنه قد يطأ

الثلاث المطلقات بنكاح أو سفاح، فيتعين الإيلاء في الرابعة لأنه يحنث بوطئها، ووقوع الحنث بالوطء المحظور كوقوعه بالوطء المباح.

قال الشافعي في كتاب «الأم»: «ولو قال لامرأته: والله لا وطئتك وفلانة للأجنبية لم يكن مولياً من امرأته حتى يطأ الأجنبية، فيصير مولياً من امرأته».

والفرع الثاني: أن يموت من الأربع واحدة، فيسقط الإيلاء من الثلاث الباقيات، لأنه لا يحنث بوطئهن لفوات الوطء بالميتة منهن. فأسقط الشافعي الإيلاء بالموت، ولم يسقطه بالطلاق، لأن وطء المطلقة لم يفت، ووطء الميتة قد فات.

فإن قيل: فقد يطأ الميتة كما يطأ المطلقة، وهما وطآن محرمان، فلم أجريتم حكم الوطء على أحدهما ونفيتموه عن الآخر؟.

قلنا: لأن مطلق عرف الوطء ينتفي عن وطء الميتة، لأنه لو حلف لا يطأ زوجته فوطئها بعد موتها؟ قال أصحابنا: لم يحنث، وتنتفي عنه أحكام الوطء من الإحصان، وكمال المهر، وتحريم المصاهرة، وإن أوجب الغسل. وليس كذلك وطء الحية، لأن مطلق اسم الوطء عرفاً ينطلق على وطئها سفاحاً، كإطلاقه على وطئها نكاحاً، فافترقا.

فأما قول الشافعي في الفرع الأول: «ولو طلق منهن ثلاثاً كان مولياً في الباقية» فهو محمول على ما قدمناه من التأويلين:

أحدهما: معناه، كانت الباقية محلاً للإيلاء.

والثاني: معناه، كان مولياً في الباقية إن جامع من طلقها. وقد بين ذلك بقوله: «لأنه لو جامعها واللواتي طُلقن حنث»، فبطل بهذا التأويل اعتراض المزني على ظاهر كلامه، لأن المزني تكلم على فقه المسألة، وفقهها لا يقتضيه ظاهر كلامه، وإنما يقتضيه أصوله وتعليله، ثم يؤخذ منها تأويله. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُ وَاحِدَةً مِنهنَّ وَهُوَ يُرِيدُهُنَّ كُلَّهُنَّ، فَهُوَ مُولٍ، يُوقَفُ لَهُنَّ. فَأَيَّ وَاحِدَةٍ مَا أَصَابَ مِنْهُنَّ خَرَجَ مِنَ الإِيْلَاءِ فِي البَوَاقِي، لأَنَّهُ حَنَثَ بِإِصَابَةِ الوَاحِدَةِ، فَإِذَا حَنَثَ مَرَّةً لَمْ يَعُدِ الحَنَثُ بِإِيْلَاءٍ ثَانِيَةٍ»)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩.

قال الماوردي: وهذه المسألة تخالف التي قبلها. وصورتها: أن يقول للأربع من نسائه: واللهِ لا أصبت واحدة منكن، وهو يريدهن كلهن، ولا يعين إحداهن. فهو في الابتداء مول من كل واحدة منهن، لأن أيتهن وطىء حنث بوطئها، كمن قال لجماعة: والله لا كلمت واحداً منكم، حنث بكلام أيهم كلم.

فإذا أجرى على كل واحدة منهن في الابتداء حكم الإيلاء، فأيتهن جاءت مطالبة وقف لها من وقت يمينه. فإذا مضت مدة الوقف، طولب بالفيئة أو الطلاق. فإن طلق ثم جاءت ثانية، وقف لها. فإذا مضت مدة الوقف، طولب بالفيئة أو الطلاق. فإذا طلق، ثم جاءت ثالثة وقف لها. فإذا مضت مدة الوقف، طولب بالفيئة أو الطلاق. فإن طلق ثم جاءت الرابعة، وقف لها. فإذا مضت مدة الوقف، طولب بالفيئة أو الطلاق، فيصير الزوج بامتناعه من وطء واحدة منهن مولياً، وكل واحدة منهن يوقف لها على الفيئة أو الطلاق.

وإن كانت الأولى عند مطالبتها بالفيئة أو الطلاق لم يطلقها، ولكن فاء منها ووطئها، حنث وسقط الإيلاء ممن بقي؛ لأنه لا يحنث بوطئهن بعد حنثه بوطء الأولى. ولو طلق الأولى عند انقضاء مدة الوقف ووطء الثانية، سقط إيلاؤه في الثالثة والرابعة. ولو وطىء الثالثة، سقط إيلاؤه في الرابعة وحدها.

فصل: ولو قال: والله لا وطئت واحدة منكن، وهو يريد إحداهن بعينها، كانت هي المولى منها دون من سواها، فيرجع إلى بيانه في التي عينها بإيلائه. فإن صدقته الباقيات على ذلك، فلا يمين عليه. وإن أكذبنه، حلف لهن. فإن نكل عن اليمين لهن، حلفن وثبت حكم الإيلاء منهن بأيمانهن بعد نكوله.

فصل: ولو قال: والله لا وطئت واحدة منكن وهو يريد واحدة لا بعينها، كان له أن يعين الإيلاء فيمن شاء منهن، فإن وقف عن التعيين، أجبر عليه إذا طلبن ذلك، لما في التعيين من حق المعينة في الإيلاء. فإن تنازعن، فلا اعتبار بتنازعهن، لأنه موقوف على اختياره. كالطلاق إذا أوقعه على واحدة منهن لا بعينها، كان له أن يعينه فيمن شاء على اختياره. فإذا عين الإيلاء فيمن شاء منهن، خرج الباقيات من حكم الإيلاء، ووقف للمعينة، وفي ابتداء زمان الوقف وجهان:

أحدهما: من وقت اليمين.

والثاني: من وقت التعيين، كالعدة في الطلاق المبهم إذا عين.

فصل: ولو قال: والله لا أصبت كل واحدة منكن كلكن، فهذا مول منهن كلهن. ومن كل واحدة منهن، فأيتهن وطئها بعد الوقف حنث، ولم يسقط حكم الإيلاء فيمن عداها، لأنه يحنث بوطء كل واحدة منهن. وأول زمان الوقف، من وقت اليمين، وبالله التوفيق، والله أعلم.

بَابَ عَلَى مَنْ يَجِبُ التَّوقِيتُ فِي الإِيلَاءِ(١)

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا تَعرضَ لِلْمُوَلِي وَلَا لِامْرَأَتِهِ حَتَّى تَطْلُبَ الوَقْفَ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهرٍ، فَإِمَّا أَنْ يَفِيءَ وَإِمَّا أَنْ يُطَلِّقَ)(٢).

قال الماوردي: قد مضى الكلام في شروط الإيلاء. فأما أحكامه. فهي: أن ينتظر به مدة التربص التي جعلها الله له، وهي: أربعة أشهر لا مطالبة عليه فيها بشيء. لأن الله تعالى أنظره بها، فصار كالإنظار بآجال الديون لا يجوز المطالبة بها قبل انقضائها.

وأول وقت التربص من وقت الإيلاء، لا من وقت المحاكمة. بخلاف أجل العنة، الذي يكون أوله من وقت المحاكمة. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن مدة الإيلاء مقدرة بالنص، فلم تفتقر إلى حكم، ومدة العنة مقدرة بالاجتهاد، فافتقرت إلى حكم.

والثاني: أن الإيلاء يقين، فكان أول مدته من وقت وجوده، والعنة مظنونة، فكان أول مدتها من وقت التحاكم فيها.

فإذا انقضت مدة التربص بمضي أربعة أشهر، استحقت الزوجة المطالبة. إلا أنه لا اعتراض عليها فيه، لأنه حق لها من حقوقها المحضة، فوقف على خيارها. فإن طالبت، ومطالبتها إما أن تقول: بيّن أمري، وإما أن تقول: أخرج إليّ من حقي. فإذا طالبت بأحد هذين الأمرين، قيل للزوج: قد خيرك الله تعالى بين أمرين: إما الفيئة، أو الطلاق. ويجوز أن يقول له ذلك حاكم وغير حاكم، لأن هذا الحكم مأخوذ من النص، فلم يفتقر إلى حكم، إلا أن الذي يجبر عليه هو الحاكم؛ لأنه هو الذي يجبر على تأدية الحقوق.

فإن فاء، فحكم الفيئة ما مضى. وإن طلق، فحكم الطلاق ما مضى، وإن أبى أن يفعل أحدهما، فعلى قولين مضيا:

(١) في المختصر: «باب على من يجب التأقيت في الإيلاء، ومن يسقط عنه».
(٢) مختصر المزني: ص ١٩٩.

أحدهما: يحبس، حتى يفيء أو يطلق.

والثاني: يطلق عليه الحاكم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ عَفَتْ ذَلِكَ، ثُمَّ طَلَبَتْهُ، كَانَ ذَلِكَ لَهَا لأَنَّهَا تَرَكَتْ مَا لَمْ يَجِبْ لَهَا فِي حَالٍ دُوْنَ حَالٍ)[١].

قال الماوردي: إذا عفت الزوجة عن المطالبة بحقها من الإيلاء بعد انقضاء المدة، صح عفوها في حقها، وهو ما كان مأخوذاً به من الفيئة أو الطلاق، ولم يؤثر العفو في حكم اليمين، لأن الحنث فيه مأخوذ به في حق الله تعالى لا يسقط بعفوها، ويكون كحالف ليس بمول، إن حنث في يمينه ألزم حكم حنثه.

فإن عادت بعد العفو مطالبة بحكم الإيلاء، كان ذلك لها، ولم يكن عفوها مسقطاً لحقها على الأبد، وإنما كان كذلك لما أشار إليه الشافعي رضي الله عنه وهو: أن الإيلاء يمين قصد بها إضرار الزوجة ليمتنع من إصابتها بيمينه، وهذا الضرر يتجدد مع الأوقات. فإذا عفت عنه، كان عفوها إسقاطاً لحقها من الضرر الماضي، فسقط. ولم يكن عفواً عن حقها في المستقبل، لأنه عفو عما لم يجب، وجرى ذلك مجرى عفوها عن النفقة يسقط حقها الماضي، ولا يسقط حقها في المستقبل. وخالف العنة التي تسقط بالعفو، ولا يجوز العود في المطالبة بها.

والفرق بينهما: أن العنة عيب مستديم، يكون العفو عنه إسقاطاً، فجرى مجرى سائر العيوب في النكاح من الجبّ والبرص والجنون التي تسقط بالعفو، ولا يجوز العود فيها. وليس الإيلاء عيباً، وإنما هو ضرر لا يستديم، فكان العفو عنه تركاً، ولم يكن إسقاطاً، كالدين إذا تركه بالإنظار جاز العود فيه.

فإن قيل: فهلا كان العفو في الإيلاء جارياً مجرى الإبراء في الدين الذي لا يجوز العود فيه بعد الإبراء منه؟

قيل: الفرق بينهما، أن الإبراء من الدين إسقاط للدين، فلم يجز العود فيه بعد سقوطه. وليس العفو في الإيلاء إسقاطاً لليمين، فجاز العود فيه بعد العفو لثبوته.

فصل: وإذا صح جواز عودها في المطالبة بعد العفو، أجزأ مدة الوقف الماضي عن

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩.

تجديد وقف مستأنف في المطالبة، بخلاف سقوط المطالبة بالطلاق الذي يستأنف الوقف فيه بالعدة بعد الرجعة. والفرق بينهما: أنها قد استوفت حقها بالطلاق، فاستؤنف له الوقف بعد الرجعة، ولم يستوف حقها بالعفو، فلم يستأنف له الوقف بعد المطالبة. فلا وجه لمن جمع من أصحابنا بين العفو والطلاق في استئناف الوقف فيهما، لما ذكرنا من الفرق بينهما والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَيْسَ ذَلِكَ لِسَيِّدِ الأَمَةِ وَلاَ لِوَلِيِّ المَعْتُوهَةِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن المطالبة في الإيلاء تختص بحقوق الاستمتاع، وذلك مما تختص به الزوجة دون وليها وسيدها، لأنه موقوف على شهوتها والتذاذها. فإذا عفت عنه الزوجة، صح عفوها. وإن كانت أمة، ولم يكن لسيدها المطالبة.

فإن قيل: فهلا استحق السيد المطالبة بالوطء لحقه في ملك الولد؟.

قيل: لأن الوطء المستحق في الإيلاء والعنة يكون بالتقاء الختانين دون الإنزال، وذلك مما لا يحدث عنه إحبال، فلم يتعلق للسيد به حق. وهكذا لو عفا السيد مع مطالبتها، لم يؤثر عفو السيد في حقها من المطالبة، وجرى ذلك مجرى الفسخ بالعيوب من الجنون والجذام والبرص، تستحقه دون سيدها. فإن عفت عنه، لم يكن للسيد المطالبة به. وإن طالبت به لم يكن للسيد العفو عنه.

فأما المعتوهة، فلا يصح منها المطالبة بحقها في الإيلاء، لأنه لا حكم لقولها بخلاف الأمة. وليس لوليها المطالبة، كما ليس لسيد الأمة.

فإن قيل: فهلا كان لولي المعتوهة المطالبة بحقها من الإيلاء، لأن له استيفاء حقوقها كالديون، وخالف السيد لأنه يستوفي بها حق نفسه، لا حق أمته؟.

قيل: يستويان في حكم الإيلاء وإن افترقا في المعنى. لأن حق الإيلاء مقصور على اختيار الاستمتاع الموقوف على شهوتها، وليس من حقوق الأموال التي يستوفيها الولي في حقها، والسيد في حق نفسه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَنْ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَلاَ إِيْلاَءَ عَلَيْهِ، لأَنَّهَا تَنْقَضِي وَهُوَ خَارِجٌ مِنَ اليَمِيْنِ)[1].

قال الماوردي: وهذا قد ذكرناه. وإن المولي من استحقت مطالبته بعد أربعة أشهر. فإذا حلف على أربعة أشهر، لم تستحق عليه المطالبة، لأنه يقدر على الإصابة من غير حنث. والمولى من لم يقدر على الإصابة بعد الوقف إلا بالحنث، فخرج من حكم الإيلاء، وصار ملتزماً لحكم اليمين في غير الإيلاء. وإن وطىء وإن لم يطأ، لم يحنث. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ حَلَفَ بِطَلاَقِ امْرَأَتِهِ لاَ يَقْرُبُ امْرَأَةً لَهُ أُخْرَى، ثُمَّ بَانَتْ مِنْهُ، ثُمَّ نَكَحَهَا، فَهول مُولٍ. قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَالَ فِي مَوْضِع آخَرَ: لَوْ آلَى مِنْهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا، ثُمَّ نَكَحَهَا نِكَاحاً جَدِيداً، وَسَقَطَ عَنْهُ حُكْمُ الإِيْلاَءِ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ عَنْهُ حُكْمُ الإِيْلاَءِ لأَنَّهَا صَارَتْ فِي حَالٍ لَوْ طَلَّقَهَا لَمْ يَقَعْ طَلاَقُهُ عَلَيْهَا، وَلَوْ جَازَ أَنْ تَبِينَ امْرَأَةُ المُولَى حَتَّى تَصِيرَ أَمْلَكَ لِنَفْسِهَا مِنْهُ ثُمَّ يَنْكِحُهَا، فَيَعُودُ حُكْمُ الإِيْلاَءِ، جَازَ هَذَا بَعْدَ ثَلاَثٍ، وَزُوِّجَ غَيْرُهُ، لأَنَّ اليَمِينَ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا فِي امْرَأَةٍ بِعَيْنِهَا، يُكَفِّرُ إِنْ أَصَابَهَا، كَمَا كَانَتْ قَائِمَةً قَبْلَ التَّزْوِيجِ. وَهَكَذَا الظِّهَارُ مِثْلُ الإِيْلاَءِ)[2].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل له زوجتان: حفصة، وعمرة. فقال: يا حفصة، إن وطئتك فعمرة طالق. فهذا مول من حفصة، وحالف بطلاق عمرة. فإن أحدث طلاق أحدهما، لم يخل من أن يطلق حفصة المولى منها، أو يطلق عمرة المحلوف بطلاقها. فإن طلق حفصة المولى عليها ثم راجعها، فالإيلاء منها بعد الرجعة باق. وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة، انقطع الإيلاء منها، فإن عاد فاستأنف نكحها بعقد جديد، نظر: فإن كان نكاحها بعد زوج من طلاق ثلاث، فعلى قوله في الجديد كله، وأحد قوليه في القديم: لا يعود الإيلاء، وعلى القول الثاني في القديم: يعود.

فإن كان الطلاق أقل من ثلاث، فعلى قوله في القديم كله وأحد قولين في الجديد: يعود الإيلاء، وعلى القول الثاني في الجديد: لا يعود، وإن شئت قلت: فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يعود الإيلاء في الطلاقين.

والثاني: لا يعود في الطلاقين.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٩.

والثالث: يعود إن كان الطلاق دون الثلاث، ولا يعود إن كان ثلاثاً، وهو قول أبي حنيفة، كما بينا عدد الطلاق في أحد النكاحين على الآخر إن كان دون الثلاث ولا شيء عليه إن كان ثلاثاً. سواء قلنا، إن الإيلاء يعود على هذه المطلقة، أو لا يعود عليها، فاليمين بطلاق عمرة باقية لا تنتقض. لأن اليمين بطلاقها يجوز أن يعلق بوطء الأجنبية، كما يجوز أن يعلق بوطء الزوجة. ألا تراه لو قال لزوجته: إن وطئت هذه الأجنبية فأنت طالق، ثم نكح الأجنبية ووطئها، طلقت زوجته المحلوف بطلاقها.

فصل: فأما إن طلق عمرة المحلوف بطلاقها. فإن كان طلاقاً رجعياً، فما كانت في عدتها فاليمين بطلاقها باقية، لأنه لو طلقها في العدة وقع الطلاق، فكان أولى أن يبقى فيه اليمين بالطلاق. فعلى هذا، يكون الإيلاء من حفصة باقياً بحاله، ما لم تنتقض عدة عمرة.

فإن راجع عمرة في عدتها، فاليمين بطلاقها باقية بحالها، والإيلاء في حفصة باق بحاله. فإن لم يراجعها حتى انقضت عدتها من الطلاق الرجعي، أو كان الطلاق بائناً بثلاث، أو في خلع لغير مدخول بها، سقط حكم اليمين بطلاقها، لأنها في حال لا يلحقها الطلاق المبتدأ، فكان أولى أن لا يلحقها بصفة متقدمة. فعلى هذا، يسقط حكم الإيلاء في حفصة لأنه يقدر على إصابتها، ولا يستضر بطلاق غيرها.

فإن عاد فنكح عمرة المحلوف بطلاقها بعقد جديد، نظرت: فإن نكحها بعد أن وطء حفصة المولى منها في زمان بينونتها، سقطت يمينه بطلاق عمرة لوجود الصفة من غير حنث. فلم يتعلق بوجودها من بعد ذلك حنث، وإن نكح عمرة المحلوف بطلاقها قبل أن يطأ حفصة المولى منها، فهل يعود بيمينه بطلاق عمرة في النكاح الثاني أم لا؟.

إن كان الطلاق الأول ثلاثاً، فعلى قوله في الجديد كله وأحد قوليه في القديم: لا تعود اليمين. وعلى القول الثاني في القديم: تعود اليمين.

وإن كان الطلاق الأول دون الثلاث، فعلى قوله في القديم كله وأحد قوليه في الجديد. تعود اليمين. وعلى القول الثاني في الجديد: لا تعود، وإن شئت قلت: في عود اليمين ثلاثة أقاويل:

أحدها: تعود اليمين في الطلاقين.

والقول الثاني: لا تعود اليمين في الطلاقين.

والقول الثالث: تعود اليمين إن كان الطلاق الأول أقل من ثلاث، ولا تعود إن كان ثلاثاً. فعلى هذا، إن قلنا: إن يمينه بطلاق عمرة تعود في نكاحها الثاني، عاد إيلاؤه من حفصة. لأنه متى أصابها، طلقت عمرة.

وإن قلنا: إن يمينه بطلاق عمرة لا يعود في نكاحها الثاني، لم يعد إيلاؤه من حفصة، لأنه متى أصابها لم تطلُق عمرة.

فإن قيل: فلم كان عود الإيلاء في حفصة معتبراً بعود الطلاق في عمرة، ولم يكن عود الطلاق في عمرة معتبراً بعود الإيلاء في حفصة.

قلنا: لأن الإيلاء في حفصة لا يجوز أن يكون معقوداً بوطء أجنبية، والطلاق في عمرة يجوز عقده بوطء الأجنبية. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ آلَى مِنَ امْرَأَتِهِ الأَمَةَ ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَخَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا أَوِ العَبْدِ مِنْ حُرَّةٍ، ثُمَّ اشْتَرَتْهُ فَتَزَوَّجَتْهُ، لَمْ يَعُدِ الإِيْلَاءُ لِانْفِسَاخِ النِّكَاحِ. قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا كُلُّهُ أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ. الفصل[(١)].

قال الماوردي: وهاتان مسألتان مختلفتا الصورة، متفقتا الحكم:

إحداهما: في حر تزوج أمة وآلى منها، ثم اشتراها، فبطل بالشراء نكاحها، ثم تزوجها بعد عتقها أو بيعها: هل يعود الإيلاء منها أم لا؟

والثانية: في عبد تزوج وآلى منها، ثم اشترته، فبطل النكاح بالشراء، ثم عاد فتزوجها بعد عتقه أو بيعه: هل يعود الإيلاء منها أم لا؟

والجواب في عود الإيلاء فيهما، مبني على اختلاف أصحابنا في الفسخ بالملك: هل يجري مجرى الطلاق الثلاث، أو يجري مجرى ما دون الثلاث، وفيه لهم وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه يجري مجرى الطلاق الثلاث، لأن الفسخ قد رفع جميع أحكام النكاح المتقدم، كالطلاق الثلاث.

والوجه الثاني: إنه يجري مجرى ما دون الثلاث من الطلاق، لأنه إذا طلقها في

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩. وتتمة الفصل: «لأن كلّ نكاح أو ملك حدث لم يعمل فيه إلا قول وإيلاء ظهار يحدث، فالقياس: أن كلّ حكم يكون في ملكٍ إذا زال الملك زال فيه من الحكم، فإذا زال نكاحه فبانت منه إمرأته زال حكم الايلاء عنه في معناه».

النكاح الثاني بنته على عدد الطلاق في النكاح الأول، ولأنها تحل قبل زوج، بخلاف الثلاث.

فعلى هذا، إن قلنا: أنه يكون كالطلاق الثلاث، لم يعد الإيلاء على قوله في الجديد كله وأحد قوليه في القديم، وعاد على القول الثاني في القديم.

وإن قلنا: إنه يكون كالطلاق إذا كان أقل من ثلاثة. فعلى هذا، يعود الإيلاء على قوله في القديم كله، وأحد قوليه في الجديد، ولا يعود على القول الثاني في الجديد.

فصل: فأما المزني فإنه قال: لا يعود الطلاق والإيلاء والظهار في النكاح الثاني إذا كان معقوداً في النكاح الأول، احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أنه حكم تعلق بعقد، فإذا زال ذلك العقد زال حكمه وهذا فاسد، بعدد الطلاق يزول عقده ولا يزول حكمه، ويكون في النكاح الثاني معتبراً بالنكاح الأول.

والاحتجاج الثاني: إن قال: قد صارت في حال لو آلى منها أو طلقها لم يصح، فكذلك لا يصح أن يستدام فيها حكم الإيلاء والطلاق. وهذا فاسد بالجنون، لأنه لا يصح أن يبتدىء فيه الإيلاء والطلاق، ويصح أن يستدام فيه ما تقدم من الإيلاء والطلاق، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالإِيْلاَءُ يَمِينٌ لِوَقْتٍ، فَالحُرُّ والْعَبْدُ فِيْهَا سَوَاءٌ. أَلاَ تَرَى أَنَّ أَجَلَ العَبْدِ وَأَجَلَ الحُرِّ العِنِّين سَنَةٌ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. مدة الوقف في الإيلاء مقدرة بأربعة أشهر، مع الحر والعبد في الحرة والأمة. وقال مالك، وأبو حنيفة: تتنصف المدة بالرق، ثم اختلفا.

فقال مالك: يعتبر بها الزوج، دون الزوجة، فوقف العبد شهرين وإن كانت زوجته حرة.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يعتبر بها الزوجة دون الزوج فيوقف للأمة شهرين وإن كان زوجها حراً.

فأما مالك فجعله معتبراً بالطلاق، لأنهما يوجبان الفرقة. والعبد يملك طلقتين مع الحرة والأمة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩.

وأما أبو حنيفة فجعله معتبراً بالعدة، لأن بها تقع البينونة. والأمة تعتد بقرأين مع العبد والحر.

والدليل عليهما: قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[1] ولم يفرق بين الحر والعبد مع الحرة والأمة، فكان على عمومه. ولأنها مدة ضربت في عقد لرفع الضرر الداخل في الاستمتاع، فلم تختلف بالحرية والرق كالعنة. ولأنها يمين لوقت، فوجب أن يستوي فيها الحر والعبد كسائر الأيمان. وهذه دلالة الشافعي، ولأنه قصد تحريم الاستمتاع بلفظٍ كان طلاقاً في الجاهلية، فوجب أن يستوي فيه الحر والعبد كالظهار.

فأما اعتبار مالك بالطلاق فلا يصح، لأن الطلاق إزالة ملك، والحر والعبد يختلفان في الملك، فاختلفا في إزالته. ومدة الإيلاء موضوعة لرفع الضرر لا لإزالة المالك، والضرر يستوي فيه الحر والعبد، فاستويا في مدة إزالته.

وأما اعتبار أبي حنيفة بالعدة، فلا يصح، لأن في العدة استبراء وتعبداً، فالاستبراء بقرء واحد تشترك فيه الحرة والأمة، والقرءان الزائدان تعبد تختلف فيه الحرة والأمة كالحدود، فاختصت الأمة بنصفة وهو أحد القرأين فصارت عدتها تعبداً واستبراء قرأين. ومدة الإيلاء موضوعة لما ذكرنا من رفع الضرر الذي يستوي فيه الحرية والرق، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَتْ: قَدِ انْقَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ. وَقَالَ: لَمْ تَنْقَضِ، فَالْقَوْلِ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَعَلَيْهَا البَيِّنَةُ)[2].

قال الماوردي: إذا اختلفا في انقضاء المدة، فادعتها وأنكرها، فالقول قول الزوج مع يمينه في بقاء المدة، ولا مطالبة عليه لثلاثة معان:

أحدها: أننا على يقين من بقائها، وفي شك من انقضائها.

والثاني: إنه حلف في وقت الإيلاء وهو فعل الزوج، فكان قوله فيه أثبت. كما لو اختلفا في أصله.

والثالث: أن الأصل بثبوت النكاح، وهي تدعي ما يخالفه من استحقاق الفرقة.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٢) مختصر المزني: ص ١٩٩.

مسألة: قَالَ المُزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ آلَى مِنْ مُطَلَّقَةٍ يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا، كَانَ مُولِياً مِنْ حِينَ يَرْتَجِعُهَا، وَلَوْ لَمْ يَمْلِكْ رَجْعَتَهَا لَمْ يَكُنْ مُولِياً)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وفي بعض النسخ: «ولو لم يراجعها لم يكن مولياً»، وكلا النقلين صحيح، وهما مسألتان:

إحداهما: أن يولي من مطلقة يملك رجعتها في العدة، فالإيلاء منها في عدتها منعقد. لأن أحكام النكاح جارية عليها في عدة الرجعة من التوارث ووجوب النفقة ووقوع الطلاق، والظهار فكذلك الإيلاء.

وإذا انعقد إيلاؤه نظر: فإن لم يراجع، سقط حكم الإيلاء بالطلاق المتقدم عليه. وإن استقر الإيلاء واستحقت المطالبة، لأن الرجعة قد رفعت ما تقدم من تحريم الطلاق. وإذا استقر إيلاؤه بالرجعة، كان أول مدة الوقف من وقت الرجعة، لا من وقت الإيلاء.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: أول المدة من وقت الإيلاء بناءً على أصله في أن الرجعية غير محرمة، ونحن نبني على أصلنا في أن الرجعية محرمة لأمرين:

أحدهما: أن مدة الإيلاء مضروبة في نكاح كامل، فيقصد بها رفع الضرر الداخل عليها، وقد دخل الضرر عليها بالطلاق الرجعي حتى منعت بها النكاح، فخرج هذا الإيلاء قبل الرجعة أن يكون مختصاً بالضرر، فلم يحتسب في المدة.

والثاني: أن مدة الإيلاء مضروبة ليأخذ بالإصابة عند انقضائها، وانقضاء المدة في العدة يمنع من أخذه بالإصابة، فلم يجز أن يكون محسوباً من المدة.

فصل: وأما المسألة الثانية، فهو أن يولي من معتدة في طلاق بائن: إما لأنه ثلاث، وإما لأنه دونها بعوض، فلا ينعقد الإيلاء منها كالأجنبية. فلو نكحها بعد ذلك بعقد، لم يصر مولياً، وكان حالفاً لا تلزمه المطالبة.

وقال مالك: يكون بإيلائه منها في العدة البائن مولياً إذا نكحها، وكذلك لو آلى منها وهي أجنبية ثم نكحها كان مولياً. وهكذا عند أبي جنيفة على قوله في عقد الطلاق قبل النكاح. وفيما تقدم معه من الدليل في الطلاق كان في الإيلاء مع قول الله تعالى ﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُوْنَ من نِسَائِهِم تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[٢] وليست هذه من نسائه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالإِيلَاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ حُرَّةٍ وَأَمَةٍ وَمُسْلِمَةٍ وَذِمِّيَّةٍ سَوَاءٌ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح لعموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾[٤] ولم يفرق. ولأن من ملك الطلاق ملك الإيلاء والظهار، كالحر المسلم مع الحرة المسلمة. ولأنهن في أحكام الزوجية سواء، فوجب أن يكون في الإيلاء سواء. والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٩٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

باب الوقف من الإيلاء(١)

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (إِذَا مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرُ لِلْمَوْلَى وَقَفَ وَقِيلَ لَهُ: إِنْ فِئْتَ وَإِلَّا فَطَلِّقْ، وَالْفَيْئَةُ: الْجِمَاعُ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ فَيَفِيءُ بِاللِّسَانِ مَا كَانَ الْعُذْرُ قَائِماً، فَيَخْرُجُ بِذَلِكَ مِنَ الضِّرَارِ)(٢).

قال الماوردي: قد ذكرنا أنه لا مطالبة على المولى قبل انقضاء مدة الإيلاء، وهي: تربص أربعة أشهر؛ فإذا انقضت كان الخيار إليها في مطالبته وتركه.

فإن طالبت كان الزوج مخيراً بين الفيئة أو الطلاق كما قال تعالى: ﴿فَإِنْ فَاؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾(٣) فأيهما فعل لم يكن للزوجة مطالبته بالآخر، فإن طلق فلم يكن لها مطالبته بالفيئة، وإن فاء لم يكن لها مطالبته بالطلاق.

فصل: فإذا تقرر أنه مخير فيهما، فقد مضى الكلام في صفة الطلاق، وأنه رجعي؛ فإن زاد على الواحدة كان متطوعاً بها.

وأما الفيئة فهي الجماع، لأن الفيء في اللغة: الرجوع إلى ما فارق، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾(٤) أي: ترجع إلى طاعة الله. وهو بالإيلاء ممتنع من الجماع، فكانت الفيئة الرجوع إليه، وإذا كانت الفيئة الرجوع إلى الجماع، فلا يخلو حاله من: أن يكون قادراً عليه، أو عاجزاً عنه.

فإن كان قادراً عليه، لم يكن فايئاً إلا بجماع، وأقله: ما ذكرناه من التقاء الختانين.

وإن كان عاجزاً عنه لعذر من مرض أو غيره، لزمه أن يفيء فيء معذور بلسانه، وهو: أن يقول لست أقدر على الوطء ولو قدرت عليه لفعلته. وإذا قدرت عليه فعلته، فيقوم فيئه بلسانه في حال عذره في إسقاط المطالبة مقام فيئته بوطئه.

---

(١) في المختصر: «الوقف من كتاب الايلاء ومن الاملاء على مسائل ابن القاسم والاملاء على مسائل مالك».

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٠.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٤) سورة الحجرات، الآية: ٩.

وقال أبو ثور: لا يلزمه الفيئة باللسان حتى يقدر عليها بالوطء، ويؤخر المطالبة إلى زوال العذر استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه لو لزمه في حال العذر أن يفيء بلسانه لما لزمه الفيئة بالوطء بعد زوال عذره، لسقوط الحق بما تقدم.

والثاني: أنه لو قام مقام الوطء في سقوط المطالبة، لقام مقامه في وجوب الكفارة.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[1] والفيئة الرجوع، ولم يفرق بين رجوع بالقول، أو رجوع بالفعل. ولأن الفيئة تراد لدفع الضرر بالإيلاء، وسكون النفس إلى زواله بها، وقد يرتفع الضرر وتسكن النفس بقول العاجز، كما يرتفع بفعل القادر. ولأن الفيئة ترفع الضرر كالشفعة، ثم ثبت أن المطالبة بها مع القدرة على أحدهما يكون بالفعل وهو دفع الثمن، وانتزاع المبيع؛ فإن عجز عنها كانت المطالبة فيها بالقول وهو الإشهاد على نفسه بالطلب، كذلك الفيئة في الإيلاء.

فأما استدلال أبي ثور بأن المطالبة لو سقطت بفيء اللسان لما وجبت لزوال العذر، ففاسد بالمطالبة بالشفعة، تكون بالقول مع العجز ولا يسقط حق الطلب بالفعل عند زوال العذر. ونحن أوجبنا عليه عند عدم الماء والتراب أن يصلي، ولا تسقط الصلاة إذا قدر على الماء إحدى الطهارتين.

وأما استدلاله بأنه لما لم تجب به الكفارة لم تسقط به المطالبة، ففاسد. لأن الفيئة غير معتبرة بوجوب بالكفارة، ألا ترى أن المجنون يفيء فتسقط المطالبة وتصح الفيئة، ولا تجب عليه الكفارة؟.

فصل: فإذا ثبت أن الفيئة باللسان تسقط المطالبة في حال العذر، فإذا زال العذر، سقط حكم الفيئة باللسان، ولزمه أن يفيء بالجماع. كالشفيع إذا أشهد بالطلب في الغيبة، ثم حضر جدد المطالبة بدفع الثمن وانتزاع المبيع، ويصير كالمبتدئ بالعلم في الحضور.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه أن يفيء بالوطء عند القدرة بعد أن فاء بلسانه في حال العجز، لأن ما كان فيئة في الإيلاء، لم يلزمه إعادة فيئة كالوطء.

ودليلنا مع ما قدمناه من الشفعة هو: أن الوطء حق ثبت لها مع القدرة فلم يسقط

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

بالعجز حكم القدرة، كسائر الحقوق. ولأن ما لم يحنث به في الإيلاء لم يسقط به الوطء المستحق في الإيلاء، كالقبلة. ولأن فيئة اللسان لا تتم إلا أن يعد فيها بالوطء مع القدرة، فلم يجز أن يسقط بها. فوجب وعده عند القدرة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ جَامَعَ فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ، خَرَجَ مِنْ حُكْمِ الإِيْلَاءِ، وَكَفَّرَ عَنْ يَمِيْنِهِ)[1].

قال الماوردي: أما إن كانت يمينه على أقل من أربعة أشهر، فليس بمول. ومتى وطء، وجبت عليه كفارة يمينه لا يختلف، سواء كانت بالله تعالى أو بغير الله.

وإن كانت يمينه على أكثر من أربعة أشهر فهو مول، فإن فاء فيها بالوطء نظر في يمينه: فإن كانت بعتق أو طلاق علقهما بوطئه، فوطؤه موجب للحنث بوقوع الطلاق والعتق. وإن كانت يمينه بالله تعالى، ففي وجوب الكفارة عليه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم أشار إليه في موضع منه: إنه لا كفارة عليه، لأن تعالى جعل للإيلاء حكمين:

أحدهما: الفيئة أو الطلاق، فلم يجز أن يضم إليهما ثالث هو الكفارة، لما في إيجابها من زيادة حكم على النص. ولأن الله تعالى وصف الفيئة بالغفران فقال تعالى: ﴿فَإِنْ فَاؤوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[2] وما غفر لن يكفر كقوله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾[3] فلم يكفر لغو اليمين للعفو عنه، ولأنه يخير بين الفيئة أو الطلاق، فلما لم يجب بالطلاق تكفير، لم يجب بالفيئة تكفير.

والقول الثاني: قاله في الجديد وهو الصحيح: إن الكفارة عليه واجبة لقول الله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾[4] فكان على عمومه في الإيلاء وغيره. ولأن النبي ﷺ قال: **«من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»** وفيئة المولى في الأربعة أشهر خير منها بعدها، وذلك لا يمنع من وجوب التكفير. ولأن يمين المولى، أغلظ من يمين غير المولى، ثم ثبت أنه لو لم يكن مولياً

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٥.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

بيمينه لكفر بحنثه، فإذا كان مولى فأولى أن يكفر. ولأن يمينه بالله تعالى أغلظ مأثماً من يمينه بالعتق والطلاق، فلما لزمه العتق والطلاق إذا حنث بهما، فأولى أن تلزمه الكفارة إذا حنث بالله تعالى.

فإذا تقرر توجيه القولين، فقد اختلف أصحابنا في محل القولين:

فذهب بعضهم: إلى أنها من عموم الفيئة قبل المدة وبعدها، في أن وجوب الكفارة بها على قولين.

وذهب آخرون منهم: إلى أن القولين في وجوب الكفارة بعد المدة، فأما الفيئة قبل المدة فموجبة للكفارة قولاً واحداً، وفرقوا بين الموضوعين، بأنها قبل انقضاء المدة غير واجبة، فأوجبت الكفارة قولاً واحداً، وبعد انقضاء المدة واجبة، فجاز أن تسقط الكفارة في أحد القولين. كالحلق في الإحرام، يوجب الكفارة إذا لم تجب، ولا يوجبها إذا وجب.

وهذا الفرق غير مؤثر، والتسوية بين الموضعين أولى. ألا ترى أن الكفارة تجب في حنث الطاعة كوجوبها في حنث المعصية؟ فأما حلق المحرم فلا شبه فيه للإيلاء، لأن الحلق في وقفه نسك، فلم يكفر، في غير وقفه فليس بنسك. ثم يستوي حكمه إذا لم يكن نسكاً بين مباحة للحاجة ومحظورة عند عدم الحاجة في وجوب الكفارة فيها، كذلك الفيئة. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَجِّلْنِي فِي الجِمَاعِ، لَمْ أُؤَجِّلْهُ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ فَإِنْ جَامَعَ خَرَجَ مِنْ حُكْمِ الإِيلَاءِ، وَعَلَيْهِ الحَنْثُ فِي يَمِينِهِ، وَلَا يبين إنْ أُؤَجِّلْهُ ثلاثاً: وَلَوْ قَالَهُ قَائِلٌ كَانَ مَذْهَباً. فَإِنْ طَلَّقَ، وَإِلَّا طَلَّقَ عَلَيْهِ السُّلْطَانُ وَاحِدَةً. قال المزني: قَدْ قَطَعَ بِأَنَّهُ يُجْبَرُ مَكَانَهُ. الفصل)**[1].

قال الماوردي: فأما إذا سأل الإنظار بالفيئة لعجزه عنها بالمرض، فإنه يؤمر أن يفيء بلسانه فيء معذور على ما مضى.

فإذا سأل الإنظار بها بغير مرض، فالمدة تنقسم في إنظاره ثلاثة أقسام:

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠. وتتمة الفصل: «فإمّا أن يفيء، وإمّا أن يطلّق، وهذا بالقياس أولى، والتأقيتُ لا يجبُ إلا بخبرٍ لازمٍ، وكذا قال في استتابة المرتدّ مكانه، فأن تاب وإلا قتل، فكان أصحّ من قوله ثلاثاً».

قسم: يجاب إليه.

وقسم: لا يجاب إليه.

وقسم: مختلف فيه.

فأما القسم الذي يجاب إليه، فهو: أن يسأل إنظار يومه، أو إنظار ليلته. فهذا يجاب إلى ما سأل من إنظار يومه أو ليلته، ولأنه ربما كان جائعاً فأمهل لأكله، أو شبعاً فأمهل لهضمه، وما أشبه هذا. فينظر له ليهدأ بدنه إلى وقت يعرف أنه زال ذلك العارض الذي يضطرب البدن له، لأن الجماع يكون بأسباب محركة تختلف الناس فيها فأمهل لها.

وأما القسم الثاني: الذي لا يجاب إليه فهو: أن يسأل الإنظار أكثر من ثلاثة أيام فلا يجاب إلى ذلك، لأن ما زاد على الثلاث في حدة الكثرة. ولأنه لو أجيب إلى ذلك، لزادت مدة التربص على النصّ، وصار باستنظاره أكثر من ثلاث، كالممتنع من الفيئة على ما ذكرناه من القولين:

أحدهما: يحبس حتى يفيء أو يطلق.

والقول الثاني: يطلق الحاكم عليه.

فأما القسم الثالث: المختلف فيه، فهو: إذا سأل إنظار ثلاثة أيام، ففي إجابته إليها قولان:

أحدهما: لا يجاب إليها، لما فيها من الزيادة على مدة النص. ولأنها تقتضي تأخير حق بعد الوجوب، كالديون التي لا يلزم الإنظار بها مع القدرة عليها.

والقول الثاني: إنه يجاب إلى إنظار ثلاثة أيام، لأنها حد بين القلة والكثرة. فهي حد لأكثر القليل، وأقل الكثير. فلما نظر بالقليل جاز أن ينتهي إلى غاية حده، ولأن الله تعالى قد أوعد بعذاب قريب أنظر فيه ثلاثاً فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَمَسُّوهَا بِسُوءٍ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ﴾[1] فكان هذا الإنظار في الأحكام أولى منه في العذاب المحتوم.

وهكذا إذا استنظر العنين ثلاثاً بعد السنة، كان على هذين القولين. وأصل القولين في

---

(١) سورة هود، الآيتان: ٦٤ و٦٥.

هذا الموضع: إنظار المرتد ثلاثاً، وفيه قولان. ثم اختلف أصحابنا في إنظار الزوج ثلاثاً على هذا القول: هل هو واجب أو استحباب؟ على وجهين:

أحدهما: أنه واجب، كإنظار المرتد بها. فعلى هذا، ينظر بها سواء استنظرها أم لا، كالمرتد.

والوجه الثاني: وهو الأظهر، واختاره الداركي: أنها استحباب ينظر بها إن استنظرها، ولا ينظر بها إن لم يستنظر، ويؤخذ بتعجيل الفيئة أو الطلاق.

والفرق بين هذا والمرتد: أن إنظار المرتد في حق الله تعالى، فلم يقف على استنظاره. وإنظار هذا في حقه، فوقف على استنظاره.

فصل: فأما المزني فإنه منع من إنظار الثلاث احتجاجاً بالمرتد. وهذا خطأ، لأن المرتد ينظر ثلاثاً في أحد القولين فاستويا. بل القولان في المرتد أظهر منهما في الزوج، ثم احتج على إبطال الإنظار بالثلاث بأمرين:

أحدهما: إن قال: هو بالقياس أولى، وليس هكذا، لأنه ليس قياس الثلاث على ما زاد عليها بأولى من قياسها على ما نقص عنها.

والثاني: إن قال التوقيت لا يجب إلا بخبر لازم، وهذا ليس بصحيح على مذهب الشافعي، لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى هذا، والشافعي ثبت التوقيت بالنص والمعنى على أن في الثلاث نصاً.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنَّمَا قُلْتُ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُطَلِّقَ عَلَيْهِ وَاحِدَةٍ، لأَنَّهُ كَانَ عَلَى المَوْلَى أَنْ يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ. الفصل)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أنه إذا امتنع بعد المدة من الفيئة أو الطلاق، هل يطلق الحاكم عليه أم لا؟ على قولين أصحهما: تطلق عليه.

وإذا كان هكذا، فإن كان الزوج هو المطلق كان مخيراً في عدد الطلاق وأقله واحدة،

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠. وتتمة الفصل: «إذا كان لا يقدر على الفيئة إلا به، فإذا امتنع قدر على الطلاق عنه، ولزمه حكم الطلاق كما يأخذ منه كل شيء وجب عليه إذا امتنع من أن يعطيه. وقال في القديم: فيها قولان، أحدهما: وهو أحبهما إليه، والثاني: يضيق عليه بالحبس حتى يفيء أو يطلق، لأن الطلاق لا يكون إلا منه. قال المزني رحمه الله تعالى: ليس الثاني بشيء، وما علمت أحداً قاله».

يملك فيها الرجعة. فإن طلق اثنتين، فإن الرجعة بعدها. وإن طلق ثلاثاً، بانت وطلاقه واقع في أي زمان أوقعه قبل المدة وبعدها. إلا أنه قبل المدة غير مستحق، وبعد المدة مستحقة.

وإن كان الحاكم هو المطلق، فطلاقه معتبر بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون الزوج ممتنعاً منه. فإن كان غير ممتنع منه، فطلق الحاكم عليه، ولم يقع طلاقه.

والثاني: أن يكون مقصوراً على العدد المستحق وهو طلقة واحدة، فإن طلق أكثر منها وقعت الواحدة، ولم يقع الزيادة عليها.

والفرق بينه وبين الزوج: أن الحاكم موقع ما وجب، والزوج يوقع ما ملك.

والثالث: أن يوقع الطلاق في زمان الوجوب، وذلك بعد انقضاء المدة. فإن طلق قبل انقضائها، لم يقع طلاقه، لأنه لم يجب ما يستوفيه. وإن طلق بعد انقضائها، لم يخل: من أن يكون قبل الثلاث، أو بعدها.

فإن طلق بعد الثلاث وقع طلاقه، وإن طلق قبل الثلاث فهو مبني على ما ذكرنا من القولين في إنظار المولى بالفيئة ثلاثاً.

فإن قلنا: إنه لا ينظر بها، وقع طلاق الحاكم قبلها.

وإن قلنا: أنه ينظر بها، ففي وقوع طلاقه قبلها وجهان بناءً، على اختلاف الوجهين في الثلاث: هل يجب شرعاً أو استنظاراً.

فإن قيل: يجب استنظاراً، وقع طلاق. وإن قيل: يجب شرعاً لم يقع طلاق. هذا إن كان الحاكم يرى إنظار الثلاث، فأما إن كان لا يراها، وقع طلاقه وجهاً واحداً لأنه عن اجتهاد سائغ.

فصل: فأما إن طلق الحاكم والزوج جميعاً، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يطلق الزوج ثم يطلق الحاكم بعده، فطلاق الزوج واقع، وطلاق الحاكم غير واقع لأنه غير واجد، وسواء علم الحاكم بطلاق الزوج أو لم يعلم.

والقسم الثاني: أن يطلق الحاكم ثم يطلق الزوج بعده، فننظر: فإن علم الزوج بطلاق الحاكم وقع طلاق الزوج، وطلاق الحاكم. وإن لم يعلم الزوج بطلاق الحاكم، ففي وقوع طلاقه وجهان:

أحدهما: لا يقع، لأنه واجب قد سبق الحكم باستيفائه منه.

والوجه الثاني: يقع طلاقه، لأنه يملك ما وجب وما لم يجب. فإذا استوفى الحاكم الواجب ولم يستكشف الزوج عنه، وقع طلاقه غير واجب.

والقسم الثالث: أن يطلق الزوج والحاكم معاً في حالة واحدة، فطلاق الزوج واقع، وفي وقوع طلاق الحاكم وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة: يقع طلاقه أيضاً، لأنه لم يسبقه الزوج بالطلاق.

والوجه الثاني: لا يقع، لأنه لم يسبق الزوج بالطلاق. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيُقَالُ لِلَّذِي فَاءَ بِلِسَانِهِ مِن عذر: إِذَا أَمْكَنَكَ أَنْ تُصِيبَهَا وَقَفْنَاكَ، فَإِنْ أَصَبْتَهَا وَإِلاَّ فَرَّقْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَهَا)[١].

قال الماوردي: وهذا مما قد ذكرناه في فيئة اللسان بالعذر. فإذا زال عذره زال حكم فيئته بلسانه، وطولب بالإصابة لأمرين:

أحدهما: أن من حكم فيئته بلسانه أن يعد بالإصابة عند إمكانه، فلذلك كان مأخوذاً بها لأجل وعده.

والثاني: أن الإنظار إذا كان بعذر زال حكمه بزوال العذر، كإنظار المعسر، وكإنظار الغائب بالشفعة إذا حضر.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَتْ حَائِضاً أَوْ أَحْرَمَتْ مَكَانَهَا بِإِذْنِهِ، أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَلَمْ يَأْمُرْهَا بِإِحْلاَلٍ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ سَبِيلٌ حَتَّى يُمْكِنَ جِمَاعُهَا، أَوْ تَحِلَّ إِصَابَتُهَا)[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح. والأسباب المانعة من الوطء ضربان:

أحدهما: ما كان من جهة الزوجة.

والثاني: ما كان من جهة الزوج.

فأما ما كان من جهة الزوج، فالوقف المأخوذ فيه وقفان: وقف للزوج، ووقف للزوجة.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٠.

فأما وقف الزوج، فهو مدة التربص التي ضربها الله تعالى للمولي، وهي الأربعة أشهر.

وأما وقف الزوجة، فهو زمان المطالبة بعد انقضاء الأربعة أشهر.

وإذا كان كذلك، لم تخل الأسباب المانعة من الوطء إذا كانت حادثة من جهة الزوجة، من أن تكون موجودة في مدة التربص، أو في مدة المطالبة.

فإن كانت في مدة المطالبة، فجميعها مانعة من المطالبة، سواء كان المانع المضاف إليها لعجز أو شرع. فالمانع لعجز: كالضنا، والمرض الذي لا يمكن معه إصابتها، وكالجنون الذي يخاف منه، والإغماء الذي لا تميز معه، والحبس بظلم أو بحق.

وأما المانع بالشرع مع المكنة من الوطء: فالإحرام بحج أو عمرة، سواء كان بإذن الزوج أو بغير إذنه، استحق فسخه عليها أو لم يستحق، لأنها لا تقدر بنفسها على الخروج منه. والصوم المفروض، سواء تعين زمانه أو لم يتعين، لأنه لا يجوز لها الخروج من صوم المفروض وإن لم يتعين. فأما صوم التطوع، فمخالف له، لأنه يجوز لها الخروج منه، ومن ذلك: الحيض والنفاس يمنعان الوطء بالشرع. فأما الاستحاضة، فلا تمنع من ذلك. ومن ذلك: الردة عن الإسلام، يحرم فيها الوطء.

فإذا وجد في زمان المطالبة وهو الوقف الثاني هذه الأسباب المانعة من الوطء من جهتها، منعها ذلك من المطالبة بحقها من الإيلاء، سواء كان منع عجز أو منع شرع. لأن المطالبة بالفيئة يكون مع استحقاقها، وهي تستحقها إذا قدرت على التمكين منها، وهي غير قادرة على التمكين، فسقط الاستحقاق. وإذا سقط الاستحقاق، سقطت المطالبة، وسيأتي بقية التقسيم في المسطور. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (إِذَا كَانَ الْمَنْعُ لَيْسَ مِنْ قِبَلِهِ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ صَبِيَّةً أَوْ مضْنَاة لاَ يَقْدِرُ عَلَى جِمَاعِهَا، فَإِذَا صَارَتْ فِي حَدٍّ من تُجَامعُ اسْتُؤْنِفَتْ بِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا وجدت هذه الموانع التي من جهتها في مدة

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠.

التربص وهو الوقف الأول، فجميعها غير محسوب على الزوج لمنعها من الإصابة، إلا الحيض وحده فإن زمانه محسوب على الزوج، وإن كان مانعاً.

والفرق بينه وبين غيره من الموانع: أن الحيض حلته وانقطاعه في مدة التربص غير معهود، وخلو المدة منه في الغالب غير موجود، فصار زمانه محسوباً، فليس كغيره من الموانع التي تخلو مدة التربص منها في الأغلب. فإن طرأت فيها كانت نادرة، فلذلك كان زمانها غير محسوب. ألا ترى أن وجود الحيض في صوم الشهرين المتتابعين في كفارة القتل لا يبطل تتابعه بالحيض لتعذر خلوه منه، ويبطل تتابعه بفطر ما سوى الحيض لإمكان خلوه منه؟.

والفرق بين وجود الحيض في زمان المطالبة فيمنع منها كغيره من الموانع، وبين وجوده في مدة التربص فيحتسب بزمانه بخلاف غيره من الموانع: هو أنه يمكن أن يخلو منه زمان المطالبة في الأغلب، فساوى غيره من الموانع؛ ولا يمكن أن يخلو منه زمان التربص في الأغلب فخالف غيره من الموانع، وجرى وجوده في زمان المطالبة مجرى وجوده في صوم الثلاث في كفارة اليمين، يبطل تتابعها لإمكان خلوها منه، وجرى وجوده في مدة التربص مجرى وجوده في صوم الشهرين المتتابعين لا يبطل تتابعهما، لتعذر خلوها منه.

فأما النفاس، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه غير قاطع لمدة التربص ومحسوب فيه، لأن أحكام الحيض عليه جارية، فأشبه الحيض.

والوجه الثاني: أنه قاطع مدة التربص وغير محسوب فيها، بخلاف الحيض وهو الصحيح، لأن الحيض غالب، والنفاس نادر، فأشبه سائر الموانع.

فأما الصغر: فإن لم يمنع من الافتضاض بالتقاء الختانين، كان زمانه محسوباً. وإن كان مانعاً من التقاء الختانين، لم يحتسب عليه في مدة التربص حتى يصير على حال يقدر على ذلك منها، فيستأنف له التربص.

وأما المرض: فإن أمكن معه إصابتها بتغييب الحشفة في فرجها من غير أن يقربها، كان زمانه محسوباً في مدة التربص. وإن كان لا يمكن معه تغييب الحشفة إلا بضرر

يلحقها، كان زمانه غير محسوب في مدة التربص، حتى يصير إلى ما لا يلحقها من ذلك ضرر، فتحتسب في مدة التربص.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من الموانع التي لا يحتسب بزمانها في مدة التربص، فإذا زالت استؤنفت مدة التربص، ولا شيء على ما مضى منها قبل الموانع، وبطل الماضي من مدة التربص بالمواقع الطارئة، لأن الله تعالى أنظره أربعة أشهر، فاقتضى إطلاقها التتابع في حال الاضطرار، كما اقتضاه في حال الاختيار. فصار كصوم الشهرين المتتابعين، يبطل ما تقدمه بترك التتابع في الاختيار وغير الاختيار.

وذهب بعض أصحابنا وخالف فيه نص الشافعي: إلى تلفيق التربص والبناء على ما مضى قبل الموانع، قال: لأنه لما كان حدوث الموانع في زمان المطالبة لا يسقط ما مضى من مدة التربص، كذلك حدوثها في مدة التربص لا يسقط ما تقدمه منها. وهذا فاسد.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن موالاة المدة بحدوثه بعدها موجود، وموالاتها بحدوثه في تضاعيفها معدوم.

والثاني: إنه قد استوفى الزوج حقه بحدوثه بعدها، وما استوفاه بحدوثه في تضاعيفها.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا كَانَ المَنْعُ مِنْ قِبَلِهِ، كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَفِيءَ فَيْءَ جِمَاعٍ، أَوْ فَيْءَ مَعْذُورٍ، وَفَيْءَ الْحَبْسِ بِاللِّسَانِ. وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِذَا آلَى فَحَبَسَ اسْتَوْقَفَتْ بِهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ مُتَتَابِعَةً. قال المزني: الحَبْسُ وَالمَرَضُ عِنْدِي سَوَاءٌ. الفصل)[1].

قال الماوردي: إذا كانت الموانع من جهة الزوج، فزمان جميعها محسوب عليه من مدة التربص إلا اثنتين: زمان ردته، وزمان عدتها من طلاقه، فإنهما غير محسوبتين عليه. وإن كان من جهته لأنهما موجبان من التحريم في حقها، مثل ما يوجبانه في حقه. وليس كإحرام وصيام، لأنه لا يوجب التحريم في حقها، وإنما يوجبه في حقه دونها فافترقا.

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠. وتتمة الفصل: «لأنه ممنوع بهما، فإذا حسبت عليه في المرض، وكان يعجزُ عن الجماع بكل حالٍ أجّل المولى، كان المحبوس الذي يمكنه أن تأتيه في حبسه، فيصيبُها بذلك أولى».

وإذا كان كذلك، لم يخل حال هذه الموانع المحسوبة من أن توجد في الوقت الأول وهو مدة التربص، أو في الوقت الثاني وهو زمان المطالبة. فإن وجدت في الأول، كانت محسوبة عليه. فيحسب عليه زمان إحرام، وزمان صيام، وزمان مرض، وزمان سفر، سواء سافر في مباح أو في واجب، وزمان حبسه سواء حبس بحق أو بغير حق.

قال المزني: وقال في موضع آخر: «ولو آلى فحبس استؤنفت له أربعة أشهر، فلم يحتسب بزمان الحبس عليه» فكان أبو حفص بن الوكيل يخرج هذا قولاً ثانياً في الحبس كما توهمه المزني أنه لا يحتسب بزمان عليه؛ لأنه غير منسوب إليه. وهذا التعليل فاسد بالمرض، لأنه ليس من فعله وزمانه محسوب عليه لوجوده في حبسه.

وذهب جمهور أصحابنا: إلى أن هذا ليس بقول ثان، وأن مذهب الشافعي لم يختلف في أن زمان الحبس محسوب عليه، لما علل به المزني في أن زمان المرض لما كان محسوباً عليه وحاله فيه أغلظ، كان زمان حبسه وهو يقدر على أن تأتيه فى الحبس فيصيبها أولى بالاحتساب. ونسبوا المزني إلى الخطأ في نقله؛ لأن الشافعي قال: فلو آلى فحبست استؤنفت له أربعة أشهر، لأن الحبس من جهتها. فوهم المزني في نقله، ولو آلى فحبس، فأضاف الحبس إليه دونها.

وقال بعض أصحابنا: المزني مصيب في نقله، وليس ذلك باختلاف قولين كما وهم فيه بعض أصحابنا، وإنما هو على اختلاف حالين: ففي الموضع الذي احتسب زمان حبسه عليه، إذا حبس بحق.

والموضع الذي لم يحتسب بزمان حبسه عليه، إذا حبس بظالم. وهذا التفصيل يبطل بالمرض، كما يبطل به أصل التعليل. والله أعلم.

فصل: وإن وجدت هذه الموانع في الوقت الثاني وهو زمان المطالبة، لم يسقط بها حكم المطالبة بالفيئة. لأنه لما وقع الاحتساب بها، كانت زماناً للفيئة، فلم تمنع من المطالبة بها.

وإذا كان كذلك، فإن كان المانع مرضاً، فإن قدر معه على تغييب الحشفة من غير ضرر، طولب أن يفيء بالجماع. وإن عجز عن تغييب الحشفة، طولب أن يفيء بلسانه فيء معذور على ما مضى.

وإن كان المانع حبساً، فإن قدر على إدخالها إلى حبسه، طولب أن يفيء بالجماع.

وإن لم يقدر على إدخالها إلى حبسه، طولب أن يفيء بلسانه فيء معذور ما كان في حبسه.

وإن كان المانع إحراماً أو صياماً، قيل: لا يسقط فيئة الجماع لقدرتك عليه، ولا يؤمر به لتحريمه عليك، ولا يقنع منك أن تفيء بلسانك فيء معذور لأنك قادر على فيء غير معذور. فإن أقدمت على الفيئة بالجماع، خرجت من حق الإيلاء، وعصيت بالوطء في الإحرام أو الصيام. وإن لم يطأ، لم يتوجه عليك مأثم التحريم. وإن توجهت عليك المطالبة بالفيئة أو الطلاق، فإن أقمت على الامتناع منها، فعلى ما مضى من القولين:

أحدهما: يحبس حتى يفعل أحدهما.

والثاني: يطلق القاضي عليه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فِي مَوْضِعَيْنِ: وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا مَسِيرَةُ أَشْهُرٍ وَطَلَبَهُ وَكِيلُهَا بِمَا يَلْزَمُهُ لَهَا، أَمَرْنَاهُ أَنْ يَفِيءَ بِلِسَانِهِ وَالمَسِيرَ إِلَيْهَا، كَمَا يُمْكِنُهُ. فَإِنْ فَعَلَ، وَإِلاَّ طُلِّقَ عَلَيْهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا سافر المولى عن زوجة في مدة التربص، كان زمان سفره محسوباً عليه من مدة وقفه، لأنه مانع من جهته. وكذلك لو آلى مبتدئاً في سفره، كان ما جاوز قدر المسافر من أيام سفره محسوباً عليه، وفي احتساب قدر المسافة وجهان:

أحدهما: لا يحتسب عليه، لأنه لم يقدر فيه على الإصابة لو أرادها.

والوجه الثاني: وهو الصحيح: تحتسب عليه كغيرها من أيام السفر، وليس تعذر الإصابة لو أرادها بمانع من احتساب المدة عليه كالمرض.

فصل: فإذا ثبت أن مدة السفر محسوبة عليه. فإن كان في وقت المطالبة حاضراً، طولب بالإصابة أو الطلاق. وإن كان على غيبته، وكلت من يطالبه بحقها حتى يرافع وكيلها إلى حاكم البلد الذي هو غائب فيه، فيطالبه بالفيئة أو الطلاق. فإن طلق، فحكم طلاقه في غيبته كحكم طلاقه في حضره، وقد سقط بالطلاق حقها، حتى إذا قدم فلا مطالبة، بينه وبينها. وإن أراد الفيئة، فيكفيه في الفيئة شرطان:

أحدهما: أن يفيء بلسانه فيء معذور.

والثاني: أن يأخذ في الاجتماع للإصابة، إما بأن يقدم عليها، وإما بأن يستقدمها

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠.

عليه، والخيار فيهما إليه. فإن فعل أحد الأمرين، خرج من حكم الفيئة قبل الاجتماع. فإذا اجتمع، لم يجز ما تقدم من فيئة اللسان حتى يفيء بالإصابة، فلو أنه في غيبته أخذ في القدوم أو الاستقدام ولم يفيء بلسانه فيء معذور، لم يكن فايئاً، وطلق عليه حاكم ذلك البلد في أصح القولين. فإن فاء بلسانه فيء معذور، لم يأخذ في الاجتماع إما بقدوم أو الاستقدام، لم تتم الفيئة، وطلق عليه ذلك الحاكم في أصح القولين؛ إلا أن يكون معذوراً بخوف الطريق المانع، أو لمرض معجز، فالفيئة بلسانه كافية إلى أن يزول عذره، فيؤخذ بالقدوم أو الاستقدام فلو استقدمها. فامتنعت إلا أن يقدم عليها صارت ناشزاً، وسقط حقها من المطالبة.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ غَلَبَ عَلَى عَقْلِهِ لَمْ يُوقَفْ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْهِ عَقْلُهُ، فَإِنْ عَقَلَ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ وَقَفَ مَكَانَهُ، فَإِمَّا أَنْ يَفِيءَ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا غلب على عقل المولى بجنون أو إغماء، كان زمان جنونه وإغمائه محسوباً عليه في وقفه ومدة تربصه، لأن المنع من جهته، وإن لم يكن من فعله كالمرض. فإذا انقضت مدة التربص وهو على جنونه وإغمائه، لم يتوجه عليه مطالبة، وهو معنى قول الشافعي رضي الله عنه: «لم يوقف» يعني: الوقف الثاني الذي هو زمان المطالبة، ولم يرد به الوقف الأول الذي هو مدة التربص. فإذا أفاق من جنونه أو إغمائه، استحقت حينئذ مطالبته بالفيئة أو الطلاق.

فصل: قال المزني: هذا يؤكد أن يحتسب مدة حبسه، ومنع تأخيره يوماً أو ثلاثة، أراد المزني بذلك أمرين:

أحد الأمرين: أن يجعل الاحتساب بزمان الجنون دليلاً على الاحتساب بزمان الحبس، وهذا صحيح.

والثاني: أن يجعل ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من منع تأخيره يوماً أو ثلاثة دليلاً على إبطال إنظاره ثلاثاً في أحد القولين. وهذا غير صحيح، ولا دليل فيه، وعما ذكره الشافعي رضي الله عنه من منع تأخيره يوماً أو ثلاثة جوابان:

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠. وتتمة المسألة: «وإمّا أن يطلّق. قال المزني: هذا يؤكد أن يحسب عليه مدّة حبسه، ومنع تأخّره يوماً».

أحدهما: أنه يمنعه ذلك على أحد القولين، وهو على القول الثاني: غير ممنوع.

والجواب الثاني: أن المنع من الإنظار في ابتداء المطالبة، والقولان في الإنظار في الإجابة إلى الفيئة، لأنه لو أجاب إلى الطلاق وسأل الإنظار به، لم ينظر قولاً واحداً، وإنما القولان في الإنظار بالفيئة.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَحْرَمَ قِيلَ لَهُ: إِنْ وَطِئْتَ فَسَدَ إِحْرَامُكَ، وَإِنْ لَمْ تَفِيءْ طُلِّقَ عَلَيْكَ)**[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المولى إذا أحرم بحج أو عمرة، كان زمان إحرامه محسوباً عليه. فإن أحل قبل انقضاء مدة التربص، كان مخيراً بين: الفيئة، أو الطلاق.

وإن كان باقياً على إحرامه إلى انقضاء مدة التربص، قيل له: إحرامك قد حظر عليك الوطء، والإيلاء يوجبه. ولا يمنع تحريمه عليك من مطالبتك في حق الزوجة بالوطء أو الطلاق، لأن المطالبة بالوطء هي أقوى الحقين. لأن الوطء أصل مقصود، والطلاق بذل على وجه التخيير. فإذا طولب وطلق، خرج به من حكم الإيلاء، ولا يأثم في إفساد إحرامه. فإذا فاء، فقد عصى بوطئه في الإحرام، وأفسد به الحج، ووجبت فيه الكفارة، وخرج من حكم الإيلاء، ووجبت به كفارة يمين. فإن امتنع أن يفعل أحد الأمرين، طلق عليه في أصح القولين.

فإن قيل: فهلا امتنع منه بفيء معذور بلسانه كالمريض؟.

قيل: لأنه أدخل الإحرام المانع على نفسه، بخلاف المرض الذي لم يكن دخوله عليه من فعله، فكان بالإحرام غير معذور وبالمرض معذوراً. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ آلَى ثُمَّ تَظَاهَرَ، أَوْ تَظَاهَرَ ثُمَّ آلَى وَهُوَ يَجِدُ الكَفَّارَةَ، قِيلَ: أَنْتَ أَدْخَلْتَ المَنْعَ عَلَى نَفْسِكَ، فَإِنْ فِئْتَ فَأَنْتَ عَاصٍ، وَإِنْ لَمْ تَفِيءْ طُلِّقَ عَلَيْكَ)**[2].

قال الماوردي: إعلم أنه إذا جمع بين الإيلاء والظهار في امرأة واحدة، فآلى منها ثم ظاهر، أو ظاهر ثم آلى، كان زمان الظهار محسوباً عليه في مدة التربص، فإذا انقضت المدة واستحقت المطالبة وهو على ظهار لم يكفّر منه، فقد اجتمع عليه في الوطء حقان متنافيان:

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٠.

أحدهما: يحرم الوطء في حق الله تعالى حتى يكفّر، وهو الظهار.

والثاني: يوجب الوطء في حق الزوجة قبل التكفير، وهو الإيلاء، فإن عجل الكفارة في الظهار ووطىء في الإيلاء، خرج من تحريم الظهار بالكفارة، ومن حق الإيلاء بالوطء. وإن طلق، خرج بالطلاق من حق الإيلاء، وخرج من مأثم الظهار بترك الوطء. وإن لم يفعل أحد هذين الأمرين ووطىء قبل التكفير في الظهار، كان عاصياً بالوطء في حكم الظهار، وخارجاً به في الإيلاء من حق الزوجة. فإن سأل الإنظار في الوطء حتى يكفر بالظهار، نظر: فإن كان ممن يكفّر بالصيام لم ينظر، لأنه صوم شهرين: وإن كان ممن يكفر بالعتق، فإن كان مالكاً للرقبة لم ينظر في عتقها، كما لا ينظر في الطلاق، لأنه يقدر على تعجيلها من غير ضرر. وإن لم يكن مالكاً للرقبة، انظر لابتياعها يوماً، وهل يبلغ بإنظاره ثلاثاً؟ على ما مضى من القولين.

ولو امتنع من أن يطلق أو يطأ، طلق الحاكم عليه في أصح القولين. ولو أراد وطأها فمنعته من نفسها لتحريمها عليه قبل التكفير، لم يكن ذلك لها، بخلاف الوطء في الردة والحيض، لأن تحريمه بالردة والحيض في حقهما وتحريمه بالظهار في حقه وحده، ويسقط حقها من المطالبة بهذا الامتناع، لأن الممتنع ممنوع من المطالبة، كالديون المبذولة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَتْ: لَمْ يُصِبْنِي، وَقَالَ: أَصَبْتُهَا. فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّباً فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِيْنِهِ. إلى آخر الفصل مع كلام المزني)[١].

قال الماوردي: إذا ادعى المولي إصابتها ليسقط مطالبتها، وأنكرت أن يكون أصابها، وادعت أنها على حقها من المطالبة، لم يخل حالها من: أن تكون بكراً، أو ثيباً.

فإن كانت ثيباً، فالقول قول الزوج في الإصابة مع يمينه بالله لقد أصابها، لأن الوطء يستسر به، ولا يمكن إقامة البينة عليه، فقيل فيه قول مدعيه كالحيض والطهر. ولأن بقاء النكاح ودوام صحته أصل قد استصحبه الزوج بدعوى الإصابة، والزوجة تدعي ما يخالف

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠. وتتمة الفصل: «لأنها تدعي ما به الفرقة التي هي إليه وإن كانت بكراً، أريها النساء، فإن قلن هي بكر فالقول قولها مع يمينها. قال المزني رحمه الله تعالى: إنما أحلفها لأنه يمكن أن يكون لم يبالغ، فرجعت العذرة بحالها».

الأصل من وجوب الفرقة بإنكار الإصابة، فكان القول فيه قول الزوج مع يمينه لاستصحابه حكم الأصل.

فإن قيل: فالأصل أن لا إصابة، كما أن الأصل في النكاح الصحة، فلم استصحبتم الأصل في صحة النكاح، ولم تستصحبوا الأصل في عدم الإصابة؟.

قلنا: لأن صحة النكاح أصل متيقن، وعدم الإصابة أصل مظنون يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، فكان استصحاب الأصل المتيقن أولى من استصحاب الأصل المظنون.

وإذا ثبت أن القول قول الزوج مع يمينه لجواز كذبه، فإذا حلف حكم بسقوط حقها من الإيلاء، وإن نكل ردت اليمين عليها. فإن حلفت، كانت على حقها من الإيلاء، وأخذ بالفيئة أو الطلاق، ولم يحكم بقول الزوج في ثبوت الإصابة.

فصل: وإن كانت بكراً فالقول قولها أنه لم يصبها، لأن البكارة من شواهد صدقها في عدم الإصابة، فصار قولها أقوى من قول الزوج، فلذلك قال الشافعي رضي الله عنه: «فالقول قولها مع يمينها».

قال المزني: «إنما أحلفها لأنه يمكن أن يكون لم يبالغ، فرجعت العذرة بحالها». فاختلف أصحابنا أنه إنما يحلفها إن ادعى الزوج أنه لم يبالغ في الإصابة فعادت العذرة، فأما إن لم يدَّعِ لم يحلفها.

وقال البغداديون: بل يحلفها بكل حال، سواء ادعى الزوج ذلك أو لم يدَّعه، لأن دعواه الإصابة مع البكارة مفض إلى ذلك، وإن لم يصرح به في الدعوى. فإن حلفت الزوجة، كانت على حقها من المطالبة بالفيئة أو الطلاق. وإن نكلت، ردت اليمين على الزوج. وإن حلف، سقط حقها من الإيلاء. وإن نكل، حكم بقول الزوجة في بقاء حقها من المطالبة.

فعلى هذا، لو اختلف في البكارة فادعتها الزوجة ليكون قولها مقبولاً في عدم الإصابة، وأنكرها الزوج ليكون قوله مقبولاً في وجود الإصابة، لم يرجع فيها إلى قول أحدهما، لأنه يمكن أن يشاهد ذلك النساء الثقات. فإذا شهد أربع منهن بأنها بكر، كان القول قولها في إنكار الإصابة. وإن شهدن بأنها ثيب، كان القول قوله في ثبوت الإصابة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ ارْتَدَّا أَوْ أَحَدُهُمَا فِى الأَرْبَعَة

الأَشْهُرِ، أَوْ خَالَعَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا، أَوْ رَجَعَ مِنَ ارْتَدَّ مِنْهُمَا فِي العِدَّةِ، اسْتَأْنَفَ فِي هَذِهِ الحَالاَتِ كُلِّهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ حَلَّ لَهُ الفَرْجُ. إلى آخر كلام المزني)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الردة تسقط الوقف الأول في مدة التربص، وتسقط الوقف الثاني استحقاق المطالبة، وزمانها غير معتد به، سواء كانت الردة من جهته أو من جهتها. فإن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام إلا بعد انقضاء العدة، فقد وقعت الفرقة بالردة، وسقط بها حكم الإيلاء، وهذه الفرقة فسخ.

فإن عاد فنكحها. فهل يعود الإيلاء في النكاح الثاني أم لا؟ ينبني على اختلاف أصحابنا في الفرقة بالفسخ: هل تجري مجرى فرقة الطلاق الثلاث، أو مجرى ما دونها؟ على وجهين:

أحدهما: أنها جارية مجرى الطلاق الثلاث. فعلى هذا، لا يعود الإيلاء على قوله في الجديد كله، وأحد قوليه في القديم، ويعود الإيلاء على القول الثاني في القديم.

والوجه الثاني: أنه يجري مجرى ما دون الثلاث. فعلى هذا، يعود الإيلاء على قوله في القديم كله، وأحد قوليه في الجديد، ولا يعود الإيلاء في القول الثاني في الجديد.

فأما إذا عاد المرتد من الزوجين قبل انقضاء العدة إلى الإسلام، كانا على النكاح، واستوقف له الوقف الأول، وهو مدة التربص أربعة أشهر لا يبنى على ما مضى منها. فإذا انقضت، طولب بالفيئة أو الطلاق، إلا أن تكون الردة في الوقف الثاني وهو زمان المطالبة، فلا يعاد الوقف بعد انقضائه كاملاً قبل الردة.

فإن قيل: فهلا استؤنف الوقف بعد الإسلام كما يستأنف الوقف بعد الرجعة؟.

قيل: لأنه قد وفاها حقها بالطلاق، ولم يوفها حقها بالردة، فلذلك سقط بالطلاق حكم الوقف الأول، واستؤنف له وقف بعد الرجعة، ولم يسقط بالردة حكم الوقف الأول، فلم يستأنف له الوقف بعد الإسلام. والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٠. وتتمة المسألة: «ولا يشبه هذا الباب الأول، لأنها في هذا الباب كانت محرمة كالأجنبية الشّعر والنظر والحبس. وفي تلك الأحوال لم تكن محرمة بشيء غير الجماع. قال المزني: القياس عندي، أن ما حلّ له بالعقد الأول، فحكمه حكم امرأته، والايلاء يلزمه بمعناه. وأمّا من لم تحلّ له بعقده الأول حتى يحدث نكاحاً جديداً، فحكمه مثل الأيمّ تزوّج، فلا حكم للإيلاء في معناه المشبّه لأصله».

فصل: فأما إذا خالع المولى زوجته، فقد بانت منه بالخلع، وسقط حكم الإيلاء في النكاح. فإن عاد فتزوجها بعقد جديد، كان عود الإيلاء معتبراً بفرقة الخلع. وفيه قولان:

أحدهما: أنها طلقة واحدة. فعلى هذا، يعود الخلع على قوله في القديم كله، وأحد قوليه في الجديد، ولا يعود على القول الثاني في الجديد.

والقول الثاني: في الخلع أنه فسخ. فعلى هذا، يكون على الوجهين في الفسخ، هل يجري مجرى الطلاق الثلاث أو ما دونها؟ على ما مضى، فأما المزني فقد تكرر من كلامه ما تقدم الجواب عنه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَقَلُّ مَا يَكُونُ بِهِ المَوْلَي فَائِتاً فِي الثَّيْبِ أَنْ يُغَيِّبَ الحَشْفَةَ)[1].

قال الماوردي: والتقاء الختانين بهما، لأن جميع أحكام الوطء متعلقة بالتقاء الختانين من: وجوب الغسل، والحد، والمهر، والعدة، ولحوق النسب، وتحريم المصاهرة، وثبوت الإحصان، والإحلال للأول، وفساد العبادات، كذلك الخروج من حكم الإيلاء.

وإن كانت بكراً قال الشافعي: فبذهاب العذرة، لأن التقاء الختانين يذهب العذرة، لا أن ذهاب العذرة هي الشرط المعتبر. فأما الوطء في الدبر أو فيما دون الفرج، فلا يسقط حكم الإيلاء والعنة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ قَالَ: لاَ أَقْدِرُ عَلَى افْتِضَاضِهَا، أُجِّلَ أَجَلَ العنين)[2].

قال الماوردي: إذا ادعى المولي العنة بعد انقضاء المدة، فلا يخلو حاله في هذه الدعوى من أحد أمرين: إما أن يكون قد أصابها في هذا النكاح قبل الإيلاء، أو لم يصبها.

فإن كان قد أصابها فيه، فدعواه مردودة، لأن حكم العنة لا يثبت في نكاح قد وقعت فيه إصابة، وصار بهذه الدعوى كالممتنع من الإصابة مع القدرة عليها. فإن أصاب أو طلق، وإلا طلق الحاكم عليه في أصح القولين. فإن لم يكن قد أصابها فيه، وهي على بكارتها أو

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠١. وتتمة المسألة: «وفي البكر ذهاب العذرة».

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠١.

كانت ثيباً قبل النكاح، نظر: فإن كانت عنته قد ثبتت قبل الإيلاء وأجل لها ورضيت بالمقام معه بعد انقضاء أجلها، كان مقبول القول في العنة، ولا يسقط به حكم الفيئة، لكن يفيء بلسانه فيء معذور، ويخير بينه وبين الطلاق. فإن لم يثبت حكم العنة قبل الإيلاء ولم يدعها إلا بعده، فهل تقبل دعواه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، أشار إليه في هذا الموضع: أن قوله مقبول، لأن العنة من العيوب الباطنة التي لا تعرف إلا من جهته، فكان مقبول القول فيها، لكن مع يمينه لإمكان كذبه. فعلى هذا، إذا حلف قيل له: عليك أن تفيء بلسانك فيء معذور، فإذا فاء بلسانه أجِّل للعنة سنة، فإن أصاب فيها سقط بها حكم الإيلاء والعنة جميعاً. وإن لم يصب فيها، ثبت له حكم العنة، وكان لها الخيار بين: المقام، أو الفسخ. فإن أقامت سقط حقها من العنة، وإن لم يكن لها الرجوع فيه فيسقط حقها من الإيلاء، ولم يكن لها الرجوع أيضاً، لأنه قد فاء لها فيء معذور.

وإن لم تختر المقام معه، فللحاكم أن يقع الفرقة بينهم قولاً واحداً بالعنة، وقد استوفت حقها من الإيلاء والعنة، ويكون ذلك فسخاً في العنة، لا طلاقاً في الإيلاء، وحكم الفسخ أغلظ من حكم الطلاق، فهذا أحد الوجهين.

والوجه الثاني: وهو قول بعض أصحابنا: إنه لا يقبل منه دعوى العنة، لأنه يصير متهوماً بدعواها ليقتنع منه بفيء المعذور، وينظر سنة بعد مدة التربص، فرد قوله بهذه التهمة.

وإذا صار على هذا الوجه مردود القول، قيل: لا يسقط عنك المطالبة إلا بفيئة الجماع، وأنت مخير بينهما وبين الطلاق، فإن فعل أحدهما وإلا طلق الحاكم عليه في أصح القولين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ جَامَعَهَا مُحَرَّمَةً أَوْ حَائِضاً، أَوْ هُوَ مُحْرِمٌ أَوْ صَائِمٌ، خَرَجَ مِنْ حُكْمِ الإِيْلَاءِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا وطئها المولى وطئاً محظوراً في إحرام، أو صيام، أو ظهار، أو حيض، كان في سقوط حقها من الإيلاء في حكم الوطء المباح لثلاثة معان:

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠١.

أحدها: أن جميع أحكام الوطء المباح يتعلق عليه وإن كان محظوراً، فكذلك في الإيلاء.

والثاني: أنها قد وصلت إلى حقها منه، وإن كان محظوراً، كوصولها إليه إذا كان مباحاً.

والثالث: أنه يلزم من الحنث بمحظور الوطء ما يلزم بمباحه، فوجب أن يكون سقوط الإيلاء بمثابته. وخالف هذا قضاء الدين بالمال المغصوب، لأنه يقع موقع الحلال في الملك، فلم يقع موقعه في الاستيفاء.

ولو وطئها وهي نائمة، سقط حقها من الإيلاء لما ذكرنا، ولو استدخلت ذكره وهو نائم، ففي سقوط حقها وجهان:

أحدهما: قد سقط حقها لوصولها إلى الإصابة، وأن ذلك قدر عليه الغسل وتحريم المصاهرة.

والوجه الثاني: لا يسقط حقها من الإيلاء؛ لأن حقها في فعله لا في فعلها؛ ولأنه لم يحنث بذلك، فلم يسقط به الإيلاء. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ آلَى ثُمَّ جَنَّ، فَأَصَابَهَا فِي جُنُونِهِ أَوْ جُنُونِهَا، خَرَجَ مِنَ الإِيلَاءِ وَكَفَّرَ إِذَا أَصَابَهَا وَهُوَ صَحِيحٌ، وَلَمْ يُكَفِّرْ إِذَا أَصَابَهَا وَهُوَ مَجْنُونٌ إلى آخر كلام المزني)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المولي إذا جن كان زمان جنونه عليه محسوباً، لكن لا مطالبة عليه حتى يفيق، فلا يبطل الوقف الأول بالجنون، ويبطل به الوقف الثاني.

فإن وطىء في جنونه، لم يحنث، ولم تجب عليه كفارة بارتفاع القلم عنه، وأن أفعاله في حقوق الله تعالى عفو، وهل يسقط بهذا الوطء حقها من الإيلاء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يسقط، وهو الظاهر من مذهب الشافعي، لأنها قد وصلت إلى حقها من الإصابة. فإن كان عن غير قصد كالواطىء ناسياً، لا يلزمه الكفارة في أحد القولين، ويسقط

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠١. وتتمة المسألة: «لأن القلم عنه مرفوع في تلك الحال. قال المزني: جعل فعل المجنون في جنونه كالصحيح في خروجه من الايلاء. قال المزني: إذا خرج من الايلاء في جنونه بالاصابة، فكيف لا يلزمه الكفارة، ولو لم يلزمه الكفارة ما كان حانثاً، وإذا لم يكن حانثاً لم يخرج من الايلاء».

به حكم الإيلاء قولاً واحداً. وكالمولي من إحدى زوجتيه إذا قصد وطء غير المولي منهما، فخفيت عليه، ووطىء المولي عنها، سقط حقها، وإن لم يقصد وطئها. فتعلق بهذا الوطء حقان:

أحدهما: لا يراعى القصد فيه، لأنه من حقوق الله، كالمسلم إذا حاضت زوجته الذمية أجبرها على الغسل، وإن لم ينو، لأن في غسلها حقين:

أحدهما: لله تعالى لا يصح إلا بالنية.

والآخر: له، ويصح بغير نية. وهو في حق نفسه لا في حق الله تعالى، فلذلك أجزىء بغير نية.

والوجه الثاني: وهو مذهب المزني وطائفة: إنها على حقها من الفيئة واستحقاق المطالبة، ولا يسقط بهذه الإصابة، لأنه لما لم يحنث بها ويلزم الكفارة، وكان وطؤه من بعد موجباً بالكفارة، كان حكم الإيلاء باقياً.

فإذا تقرر ما ذكرنا من الوجهين، فإذا قلنا بالوجه الأول: إن حكم الإيلاء قد سقط، فلا مطالبة لها، ويمينه باقية متى وطئها حنث، كمن آلى من أجنبية ثم تزوجها لم يكن مولياً، وكان حالفاً متى وطئها حنث.

وإذا قلنا بالوجه الثاني: إنه يكون على إيلائه ويستحق عليه المطالبة بعد إقامته، فهل يجزيه الوقف الأول أو يستأنف له وقف ثان بعد الإصابة؟ على وجهين:

أحدهما: يجري له الوقف الأول. لأن هذه الإصابة لا حكم لها، فصار وجودها كعدمها.

والوجه الثاني: قد سقط حكم الوقف الأول بهذه الإصابة، وإن لم يسقط بها أصل الإيلاء، كالرجعة بعد الطلاق، فوجب استئناف الوقف لأنها قد استوفت بالطلاق ما استحقته بالوقف الأول، كذلك ها هنا. لأنه وقف في حق الجنون، قد استوفت بالإصابة، وإن لم يحنث لها ما استحقته بالوقف الأول، فوجب إبقاء الإيلاء، أو يستأنف له وقف ثان بعد الإصابة.

فصل: فأما إن جنت المرأة المولي منها، فإن لم يقدر على إصابتها في الجنون لهرب أو بطش، لم يحسب عليها زمان جنونها، لأن المانع من جهتها. فإذا أفاقت قبل انقضاء

المدة، استؤنف الوقف. وإن أفاقت بعد انقضاء المدة وبعد جنونها، استقر حكم الوقف، وكان لها المطالبة مع الإفاقة.

فأما إذا أمكن الزوج إصابتها في حال الجنون، كان زمان الجنون محسوباً من الوقف، لأنه يقدر على الإصابة من غير مانع. فإذا انقضت المدة لم تستحق عليها المطالبة ما كانت باقية في جنونها، لأنه موقف على اختيارها من شهوتها. فإن أصابها في حال الجنون، سقط حقها من الإيلاء، ووجبت الكفارة على الزوج بالإصابة. وإن لم يصب، لم يطالب. لكن يقال استحباباً: ينبغي أن تتقي الله تعالى فيها، فيفيء أو يطلق، وإن لم يجبر على فيئة أو طلاق.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالذِّمِّيُّ كَالْمُسْلِمِ فِيمَا يَلْزَمُهُ مِنَ الإِيْلَاءِ إِذَا حَاكَمَ إِلَيْنَا وَحُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى العِبَادِ وَاحِدٌ. وقال فِي كِتَابِ الجِزْيَةِ: لَوْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ تَسْتَعْدِي بِأَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا أَوْ آلَى مِنْهَا أَوْ تَظَاهَرَ، حَكَمْتُ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ حُكْمِي عَلَى المُسْلِمِيْنَ. إلى آخر كلام المزني)[١].

قال الماوردي: قد مضى حكم الذميين إذا تحاكما إلينا، هل يجب على حاكمنا الحكم عليهما جبراً، أو يكون في الحكم مخيراً؟ على قولين:

أحدهما: أنه مخير بين الحكم والترك، وهم مخيرون بين الالتزام والإسقاط، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾[٢].

والقول الثاني: أنه يجب عليه الحكم بينهم، ويجب عليهم التزام حكمه، لقول الله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾[٣] والصغار أن يجري عليهم أحكام الإسلام.

فأما إن تحاكم إلينا ذميان من دينين: يهودي، ونصراني، فقد اختلف أصحابنا:

فقال أبو علي بن أبي هريرة: يجب عليه الحكم بينهما قولاً واحداً، لأن كل واحد منهم يعتقد بطلان دين صاحبه، فلزم العدول بهما إلى دين الحق الإسلام.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠١. وتتمة المسألة: «ولو جاء رجل منهم يطلب حقاً كان على الامام أن يحكم على المطلوب، وإن لم يرض بحكمه. قال المزني: هذا أشبه القولين به، لأن تأويل قول الله عز وجل عنده ﴿حتى يُعطوا الجزية عن يدٍ وهم صاغرون﴾ أن تجري عليهم أحكام الإسلام».

(٢) سورة المائدة، الآية: ٤٢.

(٣) سورة التوبة، الآية: ٢٩.

وقال غيره من أصحابنا: بل هو على قولين، كما لو كانا على دين واحد، لأن الكفر كله عندنا ملة واحدة.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا، وترافع إلينا منهم زوجان في طلاق أو ظهار أو إيلاء، حكم بينهما فيه بحكم الإسلام لقول الله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾[(١)] فإن طلق صح طلاقه وألزمه حكمه، وإن ظاهر فيأتي حكم ظهاره، وإن الأصح إيلاؤه. وبه قال أبو حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف، ومحمد، ومالك رحمهم الله: لا يصح إيلاؤه، لقول الله تعالى في آية الإيلاء: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[(٢)]، والغفران والرحمة لا يستحقان مع الكفر، فلم يتوجه به الإيلاء إلى المسلم.

وهذا خطأ، لأن من صح إيلاؤه بغير الله تعالى، صح إيلاؤه بالله كالمسلم. ولأن ما صح به إيلاء المسلم، صح به إيلاء غير المسلم، كالإيلاء بغير الله.

فأما آية الإيلاء، فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين:

أحدهما: أن عموم نصها تناول المسلم دون الكافر، لما تضمنه آخرها من قوله: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[(٣)] ثم قيس من آلى من الكفار، على المسلمين لاشتراكهم في معنى الإيلاء، كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[(٤)] فقيس على ذلك طلاق الذميات.

والوجه الثاني: أن عموم نصها تناول المسلمين والكفار، فعلى هذا، لأصحابنا في قوله في آخرها: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[(٥)] وجهان:

أحدهما: إن قوله: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[(٦)] عام في المسلمين والكفار، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[(٧)] خاص في المسلمين دون الكفار، فيكون أول الآية عاماً، وآخرها خاصاً.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٩.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.
(٣) سورة الأحزاب، الآية: ٤٩.
(٤) سورة الأحزاب، الآية: ٤٩.
(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.
(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.
(٧) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

والوجه الثاني: أن جميعها عام في المسلمين، وقوله: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[١] خاص في غفران مأثم الإيلاء، والكفار قد يغفر لهم مأثم المظالم في حقوق الآدميين، ولا يغفر لهم مأثم الأديان في حقوق الله تعالى.

فصل: فإذا ثبت أنه يكون مولياً، حكم بينهم بحكم الله في المولي المسلم من تربص أربعة أشهر، ثم مطالبته بعدها بالفيئة أو الطلاق، فإن فعل أحدهما وإلا طلق عليه في أصح القولين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا كَانَ العَرَبِيُّ يَتَكَلَّمُ بِأَلْسِنَةِ العَجَمِ وَآلَى بِأَيِّ لِسَانٍ كَانَ مِنْهَا، فَهُوَ مُوَلٍ فِي الحُكْمِ. وَإِنْ كَانَ يَتَكَلَّمُ بِأَعْجَمِيَّةٍ فَقَالَ: مَا عَرَفْتُ مَا قُلْتُ، وَمَا أَرَدْتُ إِيْلَاءً، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)[٢].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا آلى العربي بالأعجمية، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعرف الأعجمية ويتكلم بها، فهذا يكون مولياً بها كما يكون مولياً بالعربية، لأن الإيلاء لا يختص بلسان دون لسان، وليس ما يقف على العربية إلا القرآن، وما سواه فيجوز أن يعبر عنه بكل لسان.

فلو قال: قلته وما أردت به الإيلاء، لم يقبل منه في هذا الظاهر، ولم يدين في الباطن، كما لو ادعى ذلك في اللفظ العربي.

والقسم الثاني: أن يعرف الأعجمية لكنه لا يتكلم، فيكون مولياً بها. فإن قال: ما أردت الإيلاء، لم يقبل منه في الظاهر، ودين في الباطن. لأن تركه الكلام بها يحتمل ما قاله، فلأجل ذلك دين فيه.

والقسم الثالث: أن لا يعرف الأعجمية فيسأل عن ذلك، فإن قال: أردت به الإيلاء، كان مولياً بإقراره. وإن قال ما عرفته ولا أردت به الإيلاء، قبل قوله مع يمينه لأن الظاهر معه، وعليه اليمين لاحتمال كذبه، ولا نجعله مولياً في الظاهر ولا في الباطن. وإن نكل عن اليمين، ردت على المرأة. فإذا حلفت، حكم عليه بالإيلاء. وإن نكلت، فلا إيلاء عليه. وهكذا الأعجمي إذا آلى بالعربية، كان على هذه الأقاويل الثلاثة. والله أعلم.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠١.

مسألة: قَالَ الْمَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ آلَى ثُمَّ آلَى، فَإِنْ حَنَثَ فِي الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ لَمْ يُعَدْ عَلَيْهِ الإِيْلَاءُ، وَإِنْ أَرَادَ بِالْيَمِيْنِ الثَّانِيَةِ الأُولَى، فَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ أَرَادَ غَيْرَهَا فَأُحِبُّ كَفَّارَتَيْنِ)[1].

قال الماوردي: وجملة ذلك: أنه إذا آلى مرة، ثم آلى ثانية، انقسم حاله فيها أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون اليمينان من جنسين، وعلى زمانين كقوله: والله لا أطؤك سنة، فإذا مضت فإن وطئتك بعدها فعبدي حر. فهما إيلاءان، لا يكون الحنث في أحدهما حنثا في الآخر، لاختلاف الجنسين والزمانين. ولا الواجب في أحدهما واجب في الآخر، لاختلاف الجنسين. فإذا وطيء بعدها في السنة الأولى، حنث بالله تعالى، ولزمه كفارة يمين. وإذا وطيء بعدها، حنث بالعتق، وعتق عليه عبده.

والقسم الثاني: أن يكونا من جنسين وعلى زمان واحد، كقوله: إن وطئتك سنة فمالي صدقة، ثم يقول: إن وطئتك في هذه السنة فأنت طالق. فهو إيلاء واحد بيمينين، يكون الحنث فيه واحد، لأن الزمان واحد، والواجب فيه شيئين لأنهما جنسان. فتطلق عليه بالحنث، ويكون في الصدقة بماله مخيراً بين الصدقة وبين كفارة يمين، لأنه نذر لجاج خرج مخرج اليمين.

والقسم الثالث: أن يكون من جنس واحد وعلى زمانين، كقوله: والله لا وطئتك خمسة أشهر، فإذا مضت قال: فوالله لا وطئتك سنة، فهو إيلاءان لا يكون الحنث في أحدهما حنثاً في الآخر لاختلاف الزمانين، والواجب في أحدهما مثل الواجب في الآخر لتماثل اليمينين. فإذا حنث في الأول، فعليه كفارة يمين. وإذا حنث في الثاني، فعليه كفارة ثانية.

والقسم الرابع: أن يكون من جنس واحد وعلى زمان واحد، كقوله: والله لا وطئتك سنة، ثم يقول: لا وطئتك سنة ويريد بهما سنة واحدة. فهو إيلاء واحد بيمينين من جنس واحد، فيكون الحنث فيهما واحداً، كان الزمان واحداً أم لا. ولا يخل حاله في اليمينين المتماثلين من ثلاثة أقسام:

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠١.

أحدها: أن يريد بالثانية تأكيد الأولى، فلا يلزمه إلا داخل في حكم المؤكد، كما لو كرر الطلاق تأكيداً لم يلزمه إلا طلاق واحد.

والقسم الثاني: أن يريد باليمين الثانية الاستئناف، ففيه قولان:

أحدهما: عليه كفارة واحدة، وهو ظاهر كلامه ها هنا، لأنه قال: فأوجب كفارتين، فجعل الثانية مستحبة لا واجبة.

ووجه ذلك: أن اليمين الثانية لم تفد غير ما أفادت الأولى، فلم توجب غير موجب الأولى. ولأن الحرمتين إذا اتفقتا في الموجب، تداخلتا، كالمحرم إذا قتل صيداً في الحرم لزمه جزاء واحد.

والقول الثاني: عليه كفارتان. ووجهه: إن حرمة اليمين الثانية كحرمة اليمين الأولى، فوجب أن يوجب مثل حكم الأولى. ولأنهما يمينان مقصودتان، فلم يتداخل موجبهما كالجنسين.

والقسم الثالث: أن يطلق اليمين الثانية فلا يريد بها التأكيد كالقسم الأول، ولا يريد بها الاستئناف كالقسم الثاني. فإن قيل: لو أراد الاستئناف لزمته كفارة واحدة، ففي الإطلاق أولى أن يلزمه كفارة واحدة.

فإن قيل: لو أراد الاستئناف لزمته كفارتان، ففيه إذا أطلق قولان بناء على اختلاف قوله فيمن قال: أنت طالق، أنت طالق، ولم يرد تأكيداً ولا استئنافاً.

فأحد قوليه: يلزمه طلقتان، فكذلك هاهنا يلزمه كفارتان.

والقول الثاني: يلزمه طلقة واحدة، وكذلك هاهنا يلزمه كفارة واحدة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَقَدْ زَعَمَ مَنْ خَالَفَنَا فِي الوَقْفِ أَنَّ الفَيْئَةَ فِعْلٌ يُحْدِثُهُ بَعْدَ اليَمِينِ فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ. إلى آخر الباب)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠١. وتتمة المسألة: «إمّا بجماع أو فيء معذور بلسانه. وزعم أن عزيمة الطلاق انقضاء أربعة أشهر بغير فعل يحدثه، وقد ذكرهما الله تعالى بلا فصل بينهما، فقلت له: أرأيت أنْ لو عزم أن لا يفيء في الأربعة الأشهر، أيكون طلاقاً؟ قال: لا، حتى يطلّق، قلت: فكيف يكون انقضاء الأربعة الأشهر طلاقاً بغير عزم، ولا إحداث شيء لم يكن؟».

قال الماوردي: وهذا فصل قصد الشافعي فيه أبا حنيفة قال: انقضاء الأربعة الأشهر موجباً للطلاق، فاحتج عليه بشيئين:

أحدهما: إن قال لما كان لو عزم أن لا يفيء في الأربعة الأشهر لم يكن طلاقاً حتى يطلق، وذلك لا يكون ترك العزم بمضي الأربعة أشهر طلاقاً حتى يطلق.

والثاني: وهو فحوى كلامه: أنه لما كان مخيراً بين الفيئة والطلاق، ثم لم تكن الفيئة إلا من فعله، فكذلك الطلاق، وقد مضى ذكر الحجاج في أول الكتاب مستوفى، وبالله التوفيق.

بَابُ إيلاء الحيض والمجنون[١]

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا آلَى الخَصِيُّ مِن امْرَأَتِهِ فَهُوَ كَغَيْرِ الخَصِيِّ إِذَا بَقِيَ مِنْ ذَكَرِهِ مَا يَنَالُ بِهِ مِنَ المَرْأَةِ، مَا يَبْلُغُ الرَّجُلُ حَتَّى يُغَيِّبَ الحَشَفَةَ)[٢].

قال الماوردي: أما الخصي فهو: المسلول الأنثيين، السليم الذكر. فإيلاؤه صحيح كإيلاء الفحل، لأنه يقدر على الإصابة كقدرته، بل ربما كان جماعه أقوى وأمد لعدم إنزاله.

وقيل: إنه قد ينزل ماءً رقيقاً أصفر، ولذلك ألحق به الولد، فيوقف، ثم يطالب بالفيئة أو بالطلاق، وفيئته بالجماع دون اللسان لقدرته على الإصابة. فإن ادعى العنة، كان كالفحل إذا ادعاها. وهكذا إن آلى قبل الخصي ثم خصي، كان على إيلائه لا يؤثر فيه الخصي، لأنه لما لم يؤثر في الابتداء، فأولى أن لا يؤثر في الاستدامة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ مَجْبُوباً قِيلَ لَهُ: فِيءْ بِلِسَانِكَ لَا شَيْءَ عَلَيْكَ غَيْرُهُ، لِأَنَّهُ مِمَّنْ لَا يُجَامِعُ مِثْلُهُ. وقال في الإملاء: وَلَا إِيْلَاءَ عَلَى المَجْبُوبِ، لِأَنَّهُ لَا يُطِيقُ الجِمَاعَ أَبَداً. قال المزني)[٣].

قال الماوردي: قال المزني: أما المجبوب، فهو المقطوع الذكر السليم الأنثيين. والممسوح: هو المقطوع الذكر السليم الأنثيين، وهما في حكم الإيلاء سواء، وله في قطع الذكر حالتان:

إحداهما: أن يقطع بعضه ويبقى ما يولج به، فإيلائه صحيح كإيلاء الفحل السليم وفيئته بإيلاج الباقي من ذكره إن كان بقدر الحشفة مثل المستحق من إيلاج السليم، ويجري

---

(١) في المختصر: «باب إيلاء الخصيّ غير المجبوب والمجبوب من كتاب الايلاء وكتاب النكاح وإملاء على مسائل مالك».

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠١

(٣) مختصر المزني: ص ٢٠١. وتتمة المسألة: «إذا لم نجعل ليمينه معنىً يمكن أن يحنث به، سقط الايلاء، فهذا بقوله أولى عندي».

الباقي منه مجرى الذكر الصغير. فإن كان الباقي منه أكثر من حشفة السليم، ففي قدر ما يلزمه إيلاجه فيه وجهان:

أحدهما: جميعه.

والثاني: قدر الحشفة.

والحال الثانية: أن يقطع جميعه، ففيه قولان:

أحدهما: لا إيلاء عليه، قاله في الإملاء. لأنه لم يدخل بيمينه ضرراً على زوجته، فعلى هذا، لا وقف ولا مطالبة.

والقول الثاني: قاله ها هنا، وفي كتاب «الأم»: يكون مولياً، لأنه قصد الإضرار بقوله. فإن كان عاجزاً، فصار كقصده الإضرار بفعله كالمريض. فعلى هذا، يوقف لها مدة التربص، ثم يطالب بعدها بالفيئة أو الطلاق. إلا أنها فيئة معذور باللسان، فيقول: لست أقدر على الوطء ولو أقدرني الله عليه لوطئت، فيسقط بهذه الفيئة حكم الإيلاء، ولم تجب بها الكفارة لأنه لم يحنث.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ آلَى صَحِيحاً ثُمَّ جُبَّ ذَكَرُهُ كَانَ لَهَا الخِيَارُ مَكَانَهَا فِي المَقَامِ مَعَهُ، أَوْ فِرَاقُهُ)(١).

قال الماوردي: أما إذا آلى الفحل ثم خصي، فهو على إيلائه، لأن الخصي لما لم يمنع ابتداء الإيلاء، فأولى أن لا يمنع من استدامته.

فأما إذا آلى ثم جب ذكره، فلها خيار الفسخ في الجب من وقته، لأنه أحد عيوب الأزواج الموجبة لاستحقاق الفسخ. وسواء كان قد أصابها قبل الجب، أو لم يصبها، فإنها تستحق به الفسخ بخلاف العنين إذا أصاب قبل العنة، حيث لم يجب لها الفسخ، لأن إصابة العنين تمنع من صحة عنته، وإصابة المجبوب لا تمنع من صحة جبّه.

وإن فسخت بالجب، سقط حكم الإيلاء، وإن لم تفسخ بالجب، ففي سقوط الإيلاء به قولان:

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠١.

أحدهما: قد سقط إيلاءه بحدوث الجب، إذا قيل: إنه يسقط إذا تقدم الجب. فعلى هذا، يسقط الباقي من مدة التربص، ولا يستحق عليه المطالبة بفيئة ولا طلاق.

والقول الثاني: إن إيلاءه لا يسقط إذا تقدم الجب. فعلى هذا، يستكمل الوقف، ثم يطالب بعده بالفيئة أو الطلاق، وفيئته فيئة معذور باللسان، فإن امتنع منهما، طلق عليه الحاكم في أصح القولين كالفحل. والله أعلم بالصواب.

كِتَابُ الظِّهَارِ

بَابُ مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الظِّهَارُ وَمَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ(١)

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ الآية)(٢).

قال الماوردي: أما الظهار فهو مشتق من الظهر، لأنه يقول: أنت عليَّ كظهر أمي، أي: ظهرك محرَّم عليَّ كتحريم ظهرها. وخص الظهر، لاختصاصه بالركوب. وقد كان الظهار طلاقاً في الجاهلية لا رجعة بعده، وكذلك الإيلاء. واختلف أصحابنا: هل عمل به في صدر الإسلام قبل نزول ما استقر عليه حكمه؟.

فقال بعضهم: عمل به، ثم نسخ.

وقال آخرون: لم يعمل به حتى تبيَّن.

والسبب في نزول حكم الظهار. ما رواه قتادة عن أنس بن مالك: أنَّ أوسَ بنَ الصَّامِت ظاهرَ من امرأتِهِ خَوْلة بنت ثعلبة فشكَتْ ذلك إلى رسول الله ﷺ وقالت: ظاهرَ مِنِّي حين كبرَتْ سِنِّي ورقَّ عظمي. وفي رواية: بعد أن نثلْتُ له كِنانتي وقدمَتْ معه صحبتي، وابنه صبية، إن ضمَّهم إليَّ جاعوا، وإن ضمَّهم إليه ضاعوا، إلى الله أشكو عجزي وفَخْرِي أي: همومي وأحزاني.

قال أنس: فأنزل الله تعالى آية الظهار، فقال رسول الله ﷺ لأوس: «أَعْتِقْ رقبةً» فقال: مالي بذلك يدانِ فقال: «صُم شهرين متتابعين» فقال: أما إني إذا أخطأني أن آكل في اليوم يَكِلُّ بصري. قال: «فَأَطْعِمْ ستِّين مسكيناً» قال: ما أجدُ إلا أن تعينني منك بعونٍ وصلة

---

(١) في المختصر: «باب من يجب عليه الظهار ومن لا يجب عليه من كتابي ظهار قديم وجديد».

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٢ والآية: ٣ من سورة المجادلة.

قال: فأعانه رسولُ الله ﷺ بخمسةَ عشر صاعاً حتى جمع الآية الله له ﴿والله غفور رحيم﴾[١].

وروى هشام بن حسان، عن ابن سيرين قال: أول من ظاهر في الإسلام زوج خولة، فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال: «ما أتاني في هذا شيء» فقالت: يا رسول الله نالَ مني وجعلَتْ تشكو إلى الله تعالى فبينما هما كذلك إذ نزل القرآن: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾[٢] إلى قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[٣] ثم حُبس الوحي فانصرف رسول الله ﷺ إليها فتلا عليها، فقالت: ما نجد رقبة. فقال رسول الله ﷺ: «هو ذلك» فبينما هي كذلك إذ نزل الوحي ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[٤] ثم حُبس الوحي، فانصرف رسول الله ﷺ فتلا الوحي عليها فقالت: ما نستطيع فقال رسول الله ﷺ: «هو ذلك» فبينما هي كذلك إذ نزل الوحي ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾[٥] فانصرف إليها رسول الله ﷺ فتلاها عليها فقالت: ما نجدُ فقال رسول الله ﷺ: «إنا سنعينه». قال أصحابنا: فنزلت هذه الآيات الثلاث[٦].

فالأولى: في قصتها.

والثانية: في قصته.

والثالثة: في بيان حكم كل مظاهر، لكونها عامة. هذا هو السبب في نزول آي الظهار وبيان حكمه.

ثم حدثت قصة أخرى بعد استقرار حكم الظهار، وهو: ما رواه سليمان بن يسار، عن سلمة بن صخر قال: كنت امرءاً يُصيبُ من النساء ما لا يصيبُه غيري، فلما أظلَّني شهرُ رمضانَ خشيْتُ أن لا أنزعَ عنها إلى أن يدركَني الفجرُ فتظاهرْتُ منها فخدمتني في ليلة قمراً فرأيت ساقَها، فلم ألبثْ أن وثبْتُ إليها فجامَعْتُها ثم انطلقْتُ إلى رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك فقال: «أعتِقْ رقبةً» فقلت: والذي بعثكَ بالحقِّ نبياً ما أملِكُ رقبةً غير هذه وضربْتُ بيدي إلى رقبتي فقال: «صُمْ شهرين متتابعين» فقلت: وهل أصابني ما أصابني إلا من

---

(١) أخرجه الطبري في تفسيره ٢٨/ ٢ عن قتادة ولم يذكر أنس.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ١.

(٣) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٤) سورة المجادلة، الآية: ٤.

(٥) سورة المجادلة، الآية: ٤.

(٦) راجع أسباب النزول في تفسير الطبري ٢٨/ ٢ ـ ٧.

الصَّوم؟ فقال: أطعِمْ ستّين مسكيناً» فقلت: يا رسول الله: لقد بتْنا ليلتنا هذه وما لنا طعام نأكله فقال: «اذْهَبْ إلى صدقة بني زُريق فخُذْهَا وأطعِمْ منها ستين مسكيناً، وكلْ أنْتَ وأهلك الباقي»[(١)].

فخبر خولة مع أوس بن الصامت سبب لبيان حكم الظهار، وما نزل من القرآن. وخبر سلمة بن صخر مع امرأته، بعد استقرار حكمه وظهور ما نزل فيه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ زَوْجٍ جَازَ طَلاَقُهُ وَجَرَى عَلَيْهِ الحُكْمُ مِنْ بَالِغٍ جَرَى عَلَيْهِ الظِّهَارُ حُرّاً كَانَ أَوْ عَبْداً أَوْ ذُمِياً)[(٢)].

قال الماوردي: وهذا كما قال. يصح ظهار الذمي، كما يصح ظهار الحر المسلم.

وقال مالك: لا يصح ظهار العبد.

وقال أبو حنيفة: لا يصح ظهار الكافر، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿الَّذِيْنَ يُظَاهِرُوْنَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾[(٣)] وليس الكافر منا، فخرج من حكم الظهار، والعبد وإن كان مسلماً، فهو غير داخل فيما قصد به التميز والتشريف، ثم قال: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوْراً﴾[(٤)] فجعله بالظهار قائلاً منكراً وزوراً، والكافر قائل بالشرك وجحد النبوة، وهو أعظم وأغلظ ثم قال ﴿وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾[(٥)] والكافر لا يتوجه مثل هذا الخطاب إليه.

ثم أمر المظاهر بالكفارة وهي عتق رقبة، وهي لا تصح من العبد، لأنه عندكم لا يملك ولا من الكافر. لأن الرقبة التي يعتقها يجب أن تكون مؤمنة، والكافر لا يملك عبداً مسلماً. ثم قال ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[(٦)] والصوم لا يصح من الكافر، فدلت هاتان الآيتان على خروج العبد منها عند مالك، وعلى خروج الكافر منها عند أبي حنيفة.

---

(١) حديث سلمة بن صخر: أخرجه أبو داود (٢٢١٣) والترمذي (٣٢٩٩) وابن ماجة (٢٠٦٢) والدارمي ٢/١٦٣ والبيهقي ٧/ ٣٩٠ وأحمد ٤/ ٣٧ والحاكم ٢/ ٢٠٣ وسليمان بن يسار لَمْ يسمع من سلمة بن صخر، كما نقل الترمذي عن محمد بن إسماعيل.

ومن طريق محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان وأبي سلمة، أن سلمة بن صخر.. عند الترمذي (١٢٠٠) والبيهقي ٧/ ٣٩٠ وهو مرسل ورجاله ثقات.

(١) سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٢.

(٣) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٤) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٥) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٦) سورة المجادلة، الآية: ٤.

ثم بنى أبو حنيفة ذلك على أن التكفير لا يصح منه، فلا يصح الظهار. واستدل على أن التكفير لا يصح منه مع ما تقدم ذكره من الآية بأنها عبادة تفتقر إلى النية، فلم تصح من الكافر كالزكاة. ولأن التكفير تغطية للذنب وإسقاط للمأثم، وهذا لا يصح من الكافر. واستدل على هذا، بأن من لم يصح منه التكفير لم يصح منه الظهار كالمجنون.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[1] ومن الآية دليلان:

أحدهما: عمومها المنطلق على المسلم والكافر.

والثاني: قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾[2] وتوجه ذلك إلى الكافر في ابتداء الإيمان أخص من توجهه إلى المسلم في استدامة الإيمان، فكان أسوأ الأحوال أن يكونا فيها سواء.

فإن قالوا: هذه الآية وإن جاز أن تكون عامة في المسلم والكافر، فالآية التي قبلها في المسلم دون الكافر، ومن مذهبكم حمل المطلق على المقيد، فلزمكم أن تحملوا عموم الثانية على خصوص الأولى.

قيل: إنما يحمل المطلق على المقيد إن سلمنا أن الأولى خاصة، إذا كان الحكم فيهما واحداً، فأما في الحكمين المختلفين فلا يحمل المطلق على المقيد. والحكم في الإثنين مختلف، لأن الآية الأولى في تحريم الظهار، والآية الثانية في حكم الظهار.

فإن قالوا: فالثانية عطف على الأولى، وحكم العطف حكم المعطوف عليه.

قلنا: هذا فيما لا يستقل بنفسه، فإن استقل لم يشارك المعطوف عليه في حكمه. ألا تراه لو قال: اضرب زيداً وعمراً، كان عمراً معطوفاً على زيد في الضرب، لأن ذكر زيد غير مستقل. ولو قال: اضرب زيداً وأكرم عمراً، لم يصر عطفاً عليه في الحكم لاستقلاله، وإن كان عطفاً عليه في الذكر. ولأن الظهار طلاق نقل إلى غيره، فصح من المسلم والكافر كالإيلاء. ولأن من صح طلاقه صح ظهاره، كالمسلم. ولأن ما صح من المسلم في زوجته، صح من الكافر كالطلاق. ولأن الأحكام المختصة بالنكاح خمسة:

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٤.

الطلاق، والظهار، والإيلاء، والعدة، والنسب. فلما تساوى المسلم والكافر في سائرها، وجب أن يساويه في الظهار.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُمْ مِّن نِّسَائِهِمْ﴾(١) فمن وجهين:

أحدهما: ما قدمناه، من أنها واردة في التحريم وهو يخص المسلم، والتي بعدها في الحكم وهو يعم المسلم والكافر.

والثاني: أنها وإن خصت المسلم نُطقاً، فقد عمت المسلم والكافر حكماً: إما تنبيهاً، وإما قياساً. كما قال ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾(٢) فكان الكافر كذلك.

وأما قوله ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾(٣). فإن قيل: فما يقوله بالكفر من المنكر والزور أعظم، ثم لا يلزم به الكفارة، فبأن لا يلزمه بالظهار أولى.

قيل: إذا لم تجب الكفارة بأغلظ المنكرين، لم تجب بأخفهما. ألا ترى أن ردة المسلم إذا تاب منها أعظم من ظهاره ولا يدل سقوط الكفارة عنه في ردته على سقوطها عنه في ظهاره.

وأما قوله: ﴿وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾(٤) ففيه جوابان:

أحدهما: عفو عن الكفارة بقبولها إذا أديت.

والثاني: عفو إن أسلم.

وأما قولكم: أنه لا يصح منه الكفارة لأنها عتق مسلم عندكم وهو لا يملك مسلماً، فهم يقولون: أنه يجزىء عتق كافر، وهو يملك كافراً. على أنه قد يصح منه عتق مسلم إذا ورث عبداً مسلماً. وإما بأن يكون العبد كافراً في يده فيسلم في ملكه، وإما بأن يقول للمسلم: أعتق عني عبدك هذا المسلم، فيجزىء.

وقولهم: لا يصح منه الصوم فيها لأنه قربة وليس إذا لم يصح منه الصوم في الكفارة لم تجب عليه الكفارة، كالمرتد والكفارة في القتل.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٤٩.

(٣) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٤) سورة المجادلة، الآية: ٢.

وقياسهم على الصلاة والصيام، فالمعنى في الأصل: أنها عبادة محضة، وفي الكفارة مع التعبد حق لآدمي.

وقولهم: «إنها تغطية للذنب وتكفير للمأثم» فهي كذلك في حق المسلم، وعقوبة في حق الكافر. ألا ترى إلى قول النبي ﷺ: «الحدودُ كفَّاراتٌ لأهلها»[1]. فكانت كذلك في حق المسلم، وعقوبة في حق الكافر.

وأما الجواب عن بناء الظهار على التكفير، فمن وجهين:

أحدهما: انتقاضُه بالمرتد، يصح منه الظهار ولا يصح منه التكفير. يصح منه بغير الصوم.

وأما قياسهم على المجنون، فالمعنى فيه: أنه لا يصح طلاقه، فكذلك لم يصح ظهاره، والكافر يصح طلاقه فصح ظهاره.

فصل: فإذا ثبت أن ظهار العبد والكافر صحيح، فكل زوج عاقل بالغ ظاهر، صحّ ظهاره فتكون صحته معتبرة بشرطين هما: البلوغ، والعقل، كالطلاق. وأما الصبي والمجنون فلا يصح ظهارهما، كما لا يصح طلاقهما لارتفاع القلم عنهما.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَفِي امْرَأَتِهِ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، يَقْدِرُ عَلَى جِمَاعِهَا أَوْ لاَ يَقْدِرُ، بِأَنْ تَكُونَ حَائِضاً أَوْ مُحْرِمَةً أَوْ رَتْقَاءَ، أَوْ صَغِيرَةً)[2].

قال الماوردي: وأما الزوجة التي يصح الظهار منها، فهي: التي يقع الطلاق عليها، وذلك بأن تكون زوجة سواء كانت مسلمة أو كافرة، حرة أو أمة، صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، لأننا نعتبر البلوغ والعقل في الزوج، ولا نعتبرهما في الزوجة.

قال الشافعي رحمة الله عليه: «دخل بها أو لم يدخل» رداً على قوم زعموا: أن الظهار لا يصح إلا من مدخول بها، وهذا قول من زعم أن العود في الظهار هو العودَ إلى الوطء ثانية بعد أولى. فإن كانت غير مدخول بها عند ظهاره، فوطئها، لم يكن عوداً لأنه الوطء الأول. فإذا لم يوجد فيها العود، لم يصح منها الظهار. والكلام معهم يأتي في العود. على أنه ليس يلزم أن يكون كل مظاهر عائداً، فجاز أن يصح الظهار ممن لا يوجد منه العود.

ثم قال الشافعي: «يقدر على جماعها أو لا يقدر، بأن تكون حائضاً أو محرمة، أو

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٢.

رتقاء، أو صغيرة» وهذا قاله رداً على آخرين زعموا أن الظهار لا يصح إلا على من يمكن جماعها لصغر أو رتق، أو لا تحل لإحرام أو حيض، لأنه حرم بالظهار ما لم يكن لتحريم الظهار فيه تأثير. وهذا فاسد، لأن الظهار كان لفظاً نقل حكمه مع بقاء محله، والطلاق يقع عليهن فصح الظهار منهن.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَوْ فِي عِدَّةٍ يَمْلِكُ رُجْعَتَهَا، فَذَلِكَ كُلُّهُ سَوَاءٌ. قال المزني: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ فِي الَّتِي يَمْلِكُ رُجْعَتَهَا أَنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ إِنْ رَاجَعَهَا، لأَنَّهُ يَقُولُ: لَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ اتْبَعَ التَّظْهِيرَ طَلَاقاً مَلَكَ فِيهِ الرَّجْعَةَ، فَلَا حُكْمَ لِلإِيلَاءِ حَتَّى يَرْتَجِعَ. إلى آخر الفصل)[1].

قال الماوردي: إذا ظاهر من المطلقة لم يخل طلاقها من أحد أمرين: إما أن يكون بائناً، أو رجعياً.

فإن كان بائناً، لم يصح الظهار منها، لأنها لا يقع عليها لخروجها من حكم الزوجات.

وإن كان الطلاق رجعياً، فإن صادق ظهاره بعد انقضاء عدتها منه لم يصح الظهار، لأنها قد بانت بانقضاء العدة. وإن كان في العدة، صح الظهار، لأنه لما وقع الطلاق عليها في العدة صح الظهار منها في العدة كالزوجة. إلا أنه لا يكون عائداً مع صحة الظهار، ما لم يراجع، لأن العود أن يمسكها بعد الظهار زوجة من غير تحريم يوجب للفرقة، وهذه في تحريم فرقة، فلم يصر بظهاره عائداً. ولأنه لو ظاهر منها قبل الطلاق ثم اتبعه بطلاق رجعي، لم يكن عائداً، فكذلك إذا ظاهر منها في طلاق رجعي. وإذا صح أنه لا يكون عائداً، وإن صح ظهاره ما لم يراجع، فالكفارة عليه، لأن الكفارة تجب بالعود بعد الظهار والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت أن ظهاره في العدة صحيح، وإن لم يكن عائداً، فله حالتان:

إحداهما: في العدة.

والثانية: أن لا يراجعها.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٢. وتتمة الفصل: «فإذا ارتجع رجع حكم الايلاء، وقد جمع الشافعي رحمه الله بينهما حيث يلزمان وحيث يسقطان، وفي هذا لما وصفتُ بيان».

فإن راجعها في العدة، عادت إلى النكاح الذي ظاهرها فيه، وعاد الظهار فيه وصار عائداً، وبماذا يصير عائداً؟ فيه قولان:

أحدهما: قال في الأم: «يصير عائداً بنفس الرجعة» لأن الرجعة أوكد من إمساكها زوجة بعد الظهار، لأنه أبلغ في التمسك بعصمتها من استدامة إمساكها، فكان بأن يصير عائداً أولى. فعلى هذا، تجب الكفارة عليه بمجرد الرجعة التي صار بها عائداً، فلو اتبع الرجعة طلاقاً لم تسقط عنه الكفارة.

والقول الثاني: قاله في «الإملاء»: إنه لا يكون عائداً بنفس الرجعة حتى يمضي عليها بعدها زمان العود، وهو إمساكها بعد الرجعة. لأن العود أن يمسكها زوجة غير محرمة، وليس يمسكها زوجة إلا بعد الرجعة.

فعلى هذا، لو اتبع الرجعة طلاقاً لم يصر عائداً، ولم تجب عليه الكفارة. ولو أمهلها بعد الرجعة حتى مضى عليه زمان التحريم، صار حينئذ عائداً، ووجبت عليه الكفارة.

وأما الحال الثانية: وهو أن لا يراجعها حتى تمضي العدة، فقد بانت. فإن لم يستأنف نكاحها، سقط حكم الظهار. وإن استأنف نكاحها، فهل يعود ظهاره فيه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم كله، وأحد قوليه في الجديد: أن ظهاره في النكاح الأول يعود في النكاح الثاني.

والقول الثاني: في الجديد: لا يعود. وقد مضى توجيه القولين.

فإذا قيل: إن ظهاره لا يعود، فقد بطل حكمه، وحل له إصابتها، لأنه لم يعد فلم يحرم.

وإذا قيل: إن ظهاره يعود، صار عائداً. وبماذا يصير عائداً؟ على وجهين مخرجين من القولين في الرجعة:

أحدهما: يصير عائداً بنفس النكاح، ووجبت عليه الكفارة.

والوجه الثاني: أنه لا يكون عائداً إلا بأن يمضي بعد النكاح زمان العود، فلو اتبع النكاح طلاقاً لم يعد، ولم تجب عليه الكفارة.

فصل: فأما المزني فقد اختلف أصحابنا في مراده بكلامه، فقال البغداديون: أراد به أن الظهار في عدة الرجعة لا يكون ظهاراً إلا بعد الرجعة، فيكون مخالفاً للشافعي في مذهبه،

ومحتجاً بأنه لما لم يكن عائداً إلا بعد الرجعة، كذلك لا يكون مظاهراً إلا بعد الرجعة وهذا خطأ، لأن شرط الظهار أن يصادفها في الزوجية، وهذه جارية في أحكام الزوجية، فصح ظهاره منها لوجود شرطه. وشرط العود أن يمسكها غير محرمة، وهذه محرمة، فلم يصر عائداً لعدم شرطه فافترقا.

وقال البصريون: بل توهم المزني أن الشافعي حين جعله مظاهراً في العدة جعله عائداً فيها، فتكلم عليه وهذا وهم على الشافعي وليس بمخالفة له، فإن الشافعي وإن جعله مظاهراً قبل الرجعة لم يجعله عائداً إلا بعدها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ تَظَاهَرَ مِن امْرَأَتِهِ وَهِيَ أَمَةٌ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَسَدَ النِّكَاحُ وَالظِّهَارُ بِحَالِهِ، لاَ يَقْرَبُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ لأَنَّهَا لَزِمَتْهُ وَهِيَ زَوْجَةٌ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل ظاهر من زوجته وهي أمة، فظهاره منها صحيح، كما أن طلاقه عليها واقع. فإذا اشتراها بعد ظهاره، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الشراء بعد مضي زمان العود ووجوب الكفارة، فيبطل النكاح بالملك، ولا تسقط الكفارة بالشراء لوجوبها قبله. وهي محرمة عليه بعد الشراء والملك حتى يكفر، كما كانت محرمة عليه قبل الشراء. كالملاعنة إذا اشتراها، كان تحريمها بعد الشراء كتحريمها قبله، وكالمطلقة ثلاثاً إذا اشتراها.

فعلى هذا، لو أعتقها في كفارته أجزأته، وإن كانت سبباً في وجوبها عليه. كما لو نذر إن ملك أمة أن يعتق رقبة، فملك أمة، جاز أن يعتقها عن نذره، وإن كانت سبباً لوجوب نذره.

والضرب الثاني: أن يشتَريها قبل العود، وذلك بأن يشتريها عقيب ظهاره من غير فصل، ففي عوده وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من كلام الشافعي ها هنا: أنه يصير عائداً بالشراء، لأن العود أن يمسكها بعد الظهار فلا يحرمها. وليس الشراء تحريماً لها، بل استباحتها بالملك أقوى من استباحتها بالنكاح. فعلى هذا، قد وجبت عليه كفارة العود، وحرم عليه إصابتها حتى يكفر. ولو اتبع الشراء عتقها لم تسقط عنه الكفارة.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٢.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه لا يكون بالشراء عائداً، ولا بعده. وقد سقط حكم العود بثبوت الملك، لأن العود أن يمسكها زوجة، وهذه بالشراء عقيب الظهار خارجة من الزوجية. ولأن الشراء أرفع للزوجية من الطلاق الرجعي، ولأن العود تابع للظهار، فلما لم يصح الظهار إلا في حال الزوجية، لم يصح العود إلا في حال الزوجية.

قال أبو إسحاق: وهذا هو الظاهر من كلام الشافعي رحمه الله، لأن تعليله بأنها لزمته وهي زوجته، دليل على أنه حرمها عليه لوجوب الكفارة وهي زوجة. فعلى هذا، لا يصير عائداً بالشراء، ولا تجب عليه الكفارة، وتحل له كالأمة التي لم يتقدم ظهارها.

ووجدت لبعض أصحابنا وجهاً ثالثاً وهو، إن قال: إن كان الشراء عقيب الظهار بأن ابتدأ الزوج بالطلب فقال للمالك: بعني، فقال: قد بعت، لم يكن عائداً لأنه شرع عقيب ظهاره فيما يرفع الزوجية، فلم يكن عائداً، كما لو شرع في الطلاق. وإن ابتدأ المالك عقيب ظهاره بالبذل فقال: بعتك، فقال الزوج: قد قبلت، صار عائداً، لأن بذل المالك غير منسوب إلى فعل الزوج، فصار الزوج في زمان البذل ممسكاً عن رفع الزوجية، وما يعقب البذل من قبوله الرافع للزوجية كان بعد مضي زمان العود، فلذلك صار عائداً ووجبت عليه الكفارة، فامتنع منها حتى يكفر. ولهذا الوجه وجه بين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَلْزَمُ المَغْلُوبُ عَلَى عَقْلِهِ إِلاَّ مِنْ سُكْرٍ. قال المزني: وقال في القديم فِي ظِهَارِ السَّكْرَانِ قَوْلاَنِ، أَحَدُهُمَا: يَلْزَمُهُ، وَالآخَرُ: لاَ يَلْزَمُهُ. قال المزني: يَلْزَمُهُ أَوْلَى وَأَشْبَهُ بِأَقَاوِيلِهِ، وَلاَ يَلْزَمُهُ أَشْبَهُ بِالحَقِّ عِنْدِي. إلى آخر كلامه)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٢. وتتمة المسألة: «إذا كان لا يميز. قال المزني رحمه الله: وعلة جواز الطلاق عنده إرادة المطلق، ولا طلاق عنده على مكره لارتفاع إرادته، والسكران الذي لا يعقل معنى ما يقول لا إرادة له كالنائم فإن قيل: لأنه أدخل ذلك على نفسه، قيل: أو ليس وإن أدخله على نفسه فهو في معنى ما أدخله على غيره من ذهاب عقله، وارتفاع إرادته؟ ولو افترق حكمهما في المعنى الواحد لاختلاف نسبته من نفسه ومن غيره، لاختلف حكم من جن بسبب نفسه، وحكم من جن بسبب غيره، فيجوز بذلك طلاق بعض المجانين. فإن قيل: ففرض الصلاة يلزم السكران ولا يلزم المجنون، قيل: وكذلك فرض الصلاة يلزم النائم ولا يلزم المجنون، فهل يجيز طلاق النوم لوجوب فرض الصلاة عليهم؟ فإن قيل: لا يجوز لأنه لا يعقل قيل: وكذلك طلاق السكران لأنه لا يعقل قال الله تعالى: ﴿ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ فلم تكن له صلاة حتى يعلمها ويريدها، وكذلك لا طلاق له ولا ظهار حتى يعلمه =

قال الماوردي: لا اختلاف بين الفقهاء أن المجنون والمغمى عليه والنائم لا يقع طلاقهم، ولا يصح ظهارهم.

فأما السكران فله حالتان:

إحداهما: أن يكون سكره من غير معصية، كمن شرب شراباً ظنه غير مسكر فكان مسكراً، أو أكره على شرب المسكر أو شرب دواء فأسكره، فهذا كالمغمى عليه: في أن لا يقع طلاقه، ولا يصح ظهاره.

والحال الثانية: أن يكون سكره بمعصية، وهو: أن يقصد شرب المسكر، فيسكر. فقد اختلف الناس في طلاقه وظهاره:

فمذهب الشافعي في الجديد والقديم وما ظهر في جميع كتبه، ونقله عنه سائر أصحابه غير المزني: أن طلاقه وظهاره واقع كالصاحي. ونقل المزني عنه قولاً ثانياً في القديم: إن طلاقه وظهاره لا يقع، فاختلف أصحابنا فيما نقله عنه: فأثبته بعضهم قولاً ثانياً لثقة المزني في روايته وضبطه لنقله، ونفاه الأكثرون وامتنعوا من تخريجه قولاً ثانياً، لأن المزني وإن كان ثقة ضابطاً فليس من أصحابه في القديم.

ومذهبه في القديم: إما أن يكون مأخوذاً من كتبه القديمة وليس فيها هذا القول، وإما أن يكون منقولاً عن أصحاب القديم وهم الزعفراني والكرابيسي وأبو ثور، وأحمد بن حنبل، والحارث، وابن سريج، والقفال، وأبو عبد الرحمن الشافعي، ولم يُنقل عن واحد منهم هذا القول، فلا يجوز أن يضاف إليه، ويجوز أن يكون سمعه من بعض أصحاب القديم مذهباً له، فوهم ونسبه إلى الشافعي، لأن أبا ثور يرى ذلك مذهباً لنفسه. فصار مذهبه قولاً واحداً في الجديد والقديم: إن طلاق السكران وظهاره واقع، وبه قال من الصحابة: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وإحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عن جميعهم، ومن التابعين: سعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وسليمان بن يسار. ومن الفقهاء: مالك بن أنس في أكثر أهل المدينة، والأوزاعي في أكثر أهل الشام، والنَّخعي، والثوري، وأبو حنيفة في أكثر أهل العراق.

= ويريده وهو قول: عثمان بن عفان، وابن عباس، وعمر بن عبد العزيز، ويحيى بن سعيد، والليث بن سعد، وغيرهم وقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: إذا ارتد سكران لم يستتب في سكره، ولم يقتل فيه. قال المزني رحمه الله: وفي ذلك دليل أن لا حكم لقوله لا أتوب لأنه لا يعقل ما يقول، فكذلك هو في الطلاق والظهار لا يعقل ما يقول، فهو أحد قوليه في القديم».

وقال المزني: طلاق السكران وظهاره لا يقع، وبه قال من الصحابة: عثمان بن عفان رضي الله عنه، وإحدى الروايتين عن ابن عباس، ومن التابعين: عمر بن عبد العزيز. ومن الفقهاء: الليث بن سعد، وداود بن علي، وعثمان البتي. وأبو ثور.

واستدلوا على أنه غير مأخوذ بطلاقه وظهاره كالمغمى عليه، بأن ماعزاً. أقرَّ عند رسول الله ﷺ بالزنا فقال: «لعلَّكَ لمسْتَ لعلّكَ قبَّلْتَ» قال: لا قال: «أبه جِنَّةٌ» قيل: لا قال: «استنكهُوهُ» ليعلم بذلك حال سكره من صحوه. فلولا افتراق حكمه بالسكر والصحو لما كان لأمره بذلك تأثير. واستدل المزني بما سنذكره.

والدليل على وقوع طلاقه وظهاره مع عموم القرآن فيهما، وما اجتمعت الصحابة عليه حين قال لهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أرى النّاسَ قد تتابَعُوا في شرب الخمر واستهانُوا بحدِّه فماذا ترون؟ فقال علي بن أبي طالب رضوان الله عليه: أرى أن يحدَّ ثمانينَ حدَّ المفتري؛ لأنه إذا شرِبَ سكِرَ وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى فوافقوه. جميعاً على قوله، وحده عمر ثمانين بعد أن كان حده أربعين، فكانت الزيادة: إما تعزيراً، أو حداً عند غيرنا. وأيهما كان، فقد أجمعوا على إثبات افترائه في سكره، وثبوته لإجراء حكم الصاحي عليه، وكذلك في طلاقه وظهاره. ولأن وقوع طلاقه وظهاره تغليظ، وسقوطهما تخفيف، والسكران عاص فكان بالتغليظ أولى وأحق من التخفيف، ولأن السكران متردد بين أصلين:

أحدهما: الصاحي.

والآخر: المجنون. فكان إلحاقه بالصاحي لتكليفه ووجوب العبادات عليه وفسقه وحده ومؤاخذته بردته وقذفه، أولى من إلحاقه بالمجنون الذي لا تجري عليه الأحكام.

فأما الجواب عما أمر به من استنكاه ماعز، فهو: ليجعل سكره شبهة في درء الحد عنه، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وإن كان لقوله حكم.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا من وقوع طلاقه وظهاره، فقد اختلف أصحابنا في العلة الموجبة لوقوع طلاقه وظهاره على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العلة فيه عدم عذره بزوال عقله في سكره، وهذا قول أبي العباس بن سريج. فجرى عليه حكم الصاحي في جميع ما يضره كالطلاق والظهار والعتق، وفي جميع

ما ينفعه كالرجعة وطلب الشفعة وسائر العقود، ويكون مؤاخذاً بذلك في ظاهر الحكم، وفي الباطن فيما بينه وبين الله تعالى، فلا يقع الفرق في وجود ذلك منه بين حال الإصحاء وحال السكر.

والوجه الثاني: أن العلة فيه التغليظ عليه لأجل المعصية لسكره. فعلى هذا، تنقسم أفعاله ثلاثة أقسام:

قسم: هو عليه كالطلاق والظهار والعتق، يصح منه، ويؤخذ به كالصاحي تغليظاً.

وقسم: هو له كالرجعة وطلب الشفعة، فلا يصح منه، لأن صحته منه تخفيف عليه، كما أن إبطال طلاقه وظهاره تخفيف عليه، وإبطال ذلك تغليظ عليه، كما أن إيقاع طلاقه وظهاره تغليظ عليه.

وقسم ثالث: يكون له وعليه. وهو: عقود بياعاته وإجاراته ومناكحه، فإن كان مطلوباً بها كان تصحيحها منه تغليظاً عليه، فصحت منه. وإن كان مطالباً بها، كان تصحيحها منه تخفيفاً عليه، فأبطلت عليه.

قال أبو حامد المروزي: كنت أذهب إلى هذا، حتى وجدت للشافعي في كتاب الرجعة: أن رجعته صحيحة.

والوجه الثالث: أن العلة فيه وجود التهمة تكفيه فيما أظهر من سكره. فعلى هذا، يصح جميع ذلك منه في ظاهر الحكم فيما له وعليه، ويكون في الباطن مذنباً فيما بينه وبين الله تعالى. فعلى هذا، إن تيقن أنه لم يعلم بما تلفظ به من طلاقه وظهاره وعتقه، جاز له فيما بينه وبين الله تعالى وطء زوجته إذا قدر عليها، وبيع عبده إذا أمكنه. ولو جاز أن يخبرنا الصادق بصحة سكره، لما لزمه ذلك في الظاهر، كما لا يلزمه في الباطن.

فصل: فأما المزني فإنه احتج لما ذهب إليه من رد أفعاله، وأقواله، وإبطال طلاقه وظهاره، بأربعة أشياء:

أحدها: علة جواز الطلاق عند إرادة المطلق، ولا طلاق عنده على مُكرَه لارتفاع إرادته، والسكران الذي لا يعقل معنى ما يقول لا إرادة له كالنائم، فلم يصح طلاقه. وعن هذا ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن علة طلاقه ما قدمناه على اختلاف أصحابنا، فكان ما ادعاه ممنوعاً.

والجواب الثاني: أن ما ادعاه من أن علة الطلاق إرادة المطلق خطأ فاسد، لأن إرادة المطلق غير معتبرة في الصاحي باتفاق، ولو طلق غير مريد وقع طلاقه، فلم يجز أن تكون الإرادة علة لوقوع الطلاق. وإنما لم يوقع طلاق المكره والنائم والمجنون، لأن معهم علماً ظاهراً هم يعذرون فيه يدل على خروجه من أهل الإرادة، وليس مع السكران علم ظاهر هو معذور فيه يدل على خروجه من أهل الإرادة.

والجواب الثالث: أن إرادة المطلق جعلها علة لإثبات الطلاق، فلا يجوز أن تصير علة لإسقاطه، لأن علة الإثبات ضد علة الإسقاط، وجمعه بين السكران والنائم لا يصح من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن النوم طبع في الخلقة لا يقدر على دفعه عن نفسه، وليس كذلك السكر.

والثاني: أن العلم بالنوم مرفوع، وليس كذلك السكر.

والثالث: أن النوم لا يتعلق به مأثم ويفيق، وليس كذلك السكر.

فصل: والسؤال الثاني: قال المزني: فإن قيل: لأنه أدخل ذلك على نفسه، قيل: أوَليس وإن أدخله على نفسه فهو كما في معنى ما أدخله عليه غيره من ذهاب عقله وارتفاع إرادته؟ وهذا الجمع خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه معذور بما أدخله عليه غيره، وليس بمعذور بما أدخله على نفسه. ولا يجوز أن يجمع بين حكم المعذور وغير المعذور.

والثاني: أنه يأثم بما أدخله على نفسه، ولا يأثم بما أدخله عليه غيره، ولا يجوز أن يجمع بين الإثم وغير الإثم.

ثم قال المزني: «ولو افترق حكمهما في المعنى الواحد لاختلاف سببه من نفسه وغيره، لاختلف حكم من جُن بسبب نفسه وحكم من جُن بسبب غيره، فيجوز بذلك طلاق بعض المجانين».

والجواب عنه: إننا كذلك نقول في الجنون والسكر: لأنه إن زال عقله بشرب سم أو دواء لا يخلو حاله فيه من أمرين: إما أن يكون عالماً به، أو غير عالم.

فإن كان غير عالم بأنه يسكر لم يقع طلاقه، فقد استويا في أن طلاقهما مع عدم العلم

بحالهما لا يقع. وإن علم أن ما يتناوله من الدواء يسكر، كما يعلم أن الشراب الذي يتناوله يسكر، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تدعوه الضرورة إليه، لأنه لا دواء له غيره، فلا يكون بسكر هذا الدواء مؤاخذاً، ولا يقع طلاقه فيه. وإن كان مثله في شرب المسكر شربه لدواء اتفق الطب على أنه لا دواء له غيره، فقد اختلف أصحابنا في إباحة شربه له عند هذه الضرورة على وجهين:

أحدهما: أنه يصير مباحاً له كغيره من الأدوية المسكرة من البنج وما جرى مجراه. فعلى هذا، لا يقع طلاقه، كما لا يقع طلاق من سكر بغيره من الأدوية التي لا يجد منها بداً، فقد استويا.

والوجه الثاني: أنه لا يكون مباحاً، وإن كان له فيه شفاء. لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما جُعل شفاء أمتي فيما حرم عليها»[1] فعلى هذا يقع طلاقه.

والفرق بين سكر الشراب المسكر، وبين سكر الدواء المسكر مع اشتراكهما في التداوي بهما من وجهين:

أحدهما: أن شرب المسكر في التداوي يدعو إلى شربه في غير التداوي لميل النفس إليه، وليس شرب الدواء في التداوي بداع إلى شربه في غير التداوي، لنفور النفس عنه.

والثاني: أن مع سكر الشراب لذة مطربة، وليس مع سكر الدواء هذه اللذة المطربة، فافترق السكران من هذين الوجهين.

والضرب الثاني: أن يشرب الدواء المسكر قصد السكر، من غير حاجة داعية إلى شربه، ففي سكره فيه وجهان:

أحدهما: كسكره من الشراب، يقع طلاقه فيه وظهاره. فعلى هذا، قد استويا.

والوجه الثاني: أنه لا يقع طلاقه، بخلاف سكر الشراب وإن اشترك في المعصية للفرقين المتقدمين:

أحدهما: أن في سكر الشراب لذة مطربة تدعو إلى ارتكاب المحظورات وإثارة العداوات، وهذا المعنى معدوم في سكر الدواء.

والثاني: أن للنفس ميلاً يدعو إلى سكر الشراب، فيبعث قليله على كثيره، وفي

---

(١) ستأتي المسألة ـ والحديث ـ في الحدود والأشربة.

النفس نفور من سكر الدواء يبعث على مجانبته. ولهذين الفرقين أوجبنا الحد في سكر الشراب، ولم نوجبه في سكر الدواء. فلذلك أوقعنا الطلاق في سكر الشراب. ولم نوقعه في سكر الدواء، وجعلنا سكر الدواء كالجنون، ولم نجعل سكر الشراب كالجنون.

وهكذا الجنون إن أدخله على نفسه من غير قصد، فهو كالداخل عليه بغير فعله. وإن أدخله على نفسه بقصده، فعلى وجهين:

أحدهما: أنه يكون مؤاخذاً بأحكامه، وبطلاقه، وبظهاره، لمعصيته كالسكران.

والوجه الثاني: أنه لا يكون مؤاخذاً بالأحكام، ولا يقع طلاقه وظهاره، بخلاف السكران لما قدمناه من الفرق بينهما.

وقد ذكر المزني في مسائله المنثورة عن الشافعي: أن رجلاً لو نطح رجلاً فانقلب دماغ الناطح والمنطوح، ثم طلقا امرأتيهما، أن طلاقهما لا يقع، يسوى بين الناطح والمنطوح في إبطال طلاقهما، وإن كان الناطح عاصياً، والمنطوح غير عاص.

فصل: والسؤال الثالث. قال المزني: فإن قيل: ففرض الصلاة يلزم السكران ولا يلزم المجنون، فلذلك فرض الصلاة يلزم النائم ولا يلزم المجنون. فهل يجيز طلاق السكران لأنه لا يعقل ما يقول؟ قال الله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سَكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[1] فلم تكن له صلاة حتى يعلمها ويريدها، كذلك لا طلاق له ولا ظهار حتى يعلمه ويريده. وذكر المزني في هذا السؤال ثلاثة فصول:

أحدها: أنه قال: لو لزم طلاق السكران لأن فرض الصلاة يلزمه ولا يلزم المجنون، لوجب أن يلزم طلاق النائم وطلاقه لا يلزم، وإن لزمه الفرض، كذلك السكران.

والجواب عنه: أننا لسنا نوقع طلاقه للزوم فرض الصلاة له فنوجب إلحاقه بالنائم، وإنما نوقعه لإحدى المعاني الثلاثة:

إما لأنه غير معذور والنائم معذور، وإما لأنه عاص يستحق التغليظ والنائم ليس بعاص وغير مستحق للتغليظ. وإما لأنه متهم بإظهار سكره كذباً والنائم غير متهم.

والثاني: إن قال: إن كان النائم لا يقع طلاقه، لأنه لا يعقل، فالسكران لا يعقل.

والجواب عنه: أنه ليس حد السكر عندنا أنه لا يعقل فيصير ملحقاً بالنائم، وقد حده

---

(١) سورة النساء، الآية: ٤٣.

الشافعي رضي الله عنه فقال: «السكران من عزَب عنه بعض عقله، فكان مرة يعقل، ومرة لا يعقل».

وقال أبو حنيفة: السكران من لا يعرف الليل من النهار، والسماء من الأرض، وهذا بعيد أن يوجد في السكر.

وقال الأوزاعي: هو من لا يميز رداءه من أردية الحي.

قال آخرون: هو من يخلط في كلامه.

وإذا كانت المذاهب مختلفة في حد السكران، وكان المزني مخالفاً فيها، لم يكن خلافه حجة له، وإن سلم الحد الذي ذكرناه بان به الفرق بينه وبين النائم.

والثالث: أن استدل بقول الله تعالى: **﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾**[1] فلم يكن صلاة حتى يعلمها ويريدها، كذلك لا طلاق له ولا ظهار حتى يعلمه ويريده، وعنه جوابان:

أحدهما: فساد الاستدلال بها، لأنه جعل وقوع الطلاق معتبراً بصحة الصلاة والشرط فيهما مختلف، فلم يجز أن يكون أحدهما معتبراً بالآخر، لأن الصلاة لا تصح إلا بكمال جميع العقل والتمييز، والطلاق لا يسقط إلا بزوال جميع العقل والتمييز. والسكران خارج ممن كمل عقله وتمييزه، فلذلك لم تصح صلاته، وخارج ممن زال جميع عقله وتمييزه، فلذلك وقع طلاقه.

والجواب الثاني: أننا نجعلها دليلاً عليه في وقوع طلاقه، لأنه خاطبه بالصلاة أمراً بها إذا علم، ونهياً عنها إذا جهل عنها، والخطاب على وجهين:

خطاب: مواجهة، مختص بالعقل.

وخطاب: إلزام يدخل فيه جميع الأصاغر والمجانين. ولا يخلو هذا الخطاب من أحد أمرين: إما أن يكون في حال السكر فهو مواجهة، وإما في غير حال السكر فهو إلزام. وعلى أيهما كان، لم يخرج منه لسكره.

فصل: والسؤال الرابع: قال المزني: وقال الشافعي: «إذا ارتد السكران لم نستتبه في سكره ولم نقتله فيه».

---

(١) سورة النساء، الآية: ٤٣.

قال المزني: وفي ذلك دليل أن لا حكم لقوله، لأنه لا يعقل ما يقول، فكذلك هو في الطلاق والظهار لا يعقل ما يقول، وهو أحد قوليه في الظهار.

وهذا من أوهى أسئلته، لأن الشافعي قد أثبت ردته في حال سكره وإن منع من استتابته في سكره، فصار مؤاخذاً بالردة، فوجب أن يكون مؤاخذاً بالطلاق. فأما استتابته، ففي تأخيرها إلى صحوه، قد اختلف أصحابنا فيها على وجهين:

أحدهما: أن تأخيرها استحباب واحتياط، ولو استتابه في سكره صح. وهذا قول من أجرى عليه حكم الصاحي فيما له وعليه.

والوجه الثاني: أن تأخيرها إلى إفاقته واجب. وهذا قول من فرق بين ما له وما عليه، لأن الردة عليه فكان مأخوذاً بها، والتوبة له فلم تصح منه. لأن المقصود بالتوبة زوال الشبهة ووضوح الحق، والسكران يعارضه الشبه ويخفى عليه الحق، فلذلك ثبتت ردته ولم تصح توبته معها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ تَرَكَهَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُتَظَاهِرٌ، وَلاَ إِيْلاَءَ عَلَيْهِ يُوْقَفُ لَهُ. لاَ يَكُونَ المُتَظَاهِرُ بِهِ مُولِياً وَلاَ المَوْلى بِالإِيْلاَءِ مُتَظَاهِراً)[١].

قال الماوردي: إذا تظاهر من امرأته ولزمته الكفارة بعوده، ومنع من إصابتها إلا بتكفيره، فأخر الكفارة حتى مضت أربعة أشهر لم يصر مولياً، ولم يجر عليه حكم الإيلاء، سواء قصد الإضرار بها أو لم يقصد.

وقال مالك: إن قصد الإضرار بها من غير ظهار صار مولياً استدلالاً بأن المولى قاصد للاضرار بها بالامتناع من إصابتها، فكذلك كل زوج قصد الإضرار بالامتناع.

وهذا خطأ، لأن الإيلاء يمين فلم يثبت حكمها بقصد الإضرار كسائر الأيمان، ولأنه لو كان مولياً بقصد الإضرار لكان مولياً وإن لم يقصده كالحالف. ولأن الظهار والإيلاء متنافيان في الحكم، لأن الظهار يمنع من الوطء حتى يكفر، وإن وطىء كان عاصياً.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٢: وتتمة المسألة: «وهو مطيع لله تعالى بترك الجماع في الظهار، عاص له، لو جامع قبل أن يكفر، وعاص بالايلاء. وسواء كان مضاراً بترك الكفارة أو غير مضار، إلا أنه لم يأثم بالضرار كما يأثم لو آلى أقلّ من أربعة أشهر يريد ضراراً، ولا يحكم عليه بحكم الايلاء، ولا يحال حكم الله عمّا أنزل فيه».

والإيلاء يوجب الوطء قبل أن يكفر، وإن وطىء كان طائعاً، فلم يجز مع تنافي حكمهما أن يتداخلا. ولو جاز أن يتداخلا فيصير المتظاهر مولياً، لجاز أن يصير المولى متظاهراً، وفي فساد هذا العكس دليل على فساد هذا الطرد.

فأما قوله: «إن الإيلاء قصد للإضرار» فغير صحيح، لأن المولى لا يقدر على الإصابة بعد الوقف إلا بأن يلتزم ما ليس بلازم. ومن أخر الوطء في الظهار، فليس يلتزم إن وطىء ما ليس بلازم، فلم يكن مولياً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ تَظَاهَرَ يُرِيدُ طَلَاقاً، كَانَ ظِهاراً، أَوْ طَلَّقَ يُرِيدُ ظِهَاراً، كَانَ طَلَاقاً وَهَذِهِ أُصُولٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يكون الظهار طلاقاً بالإرادة، ولا الطلاق ظهاراً بالإرادة، لأمور:

منها: أن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنسخ، فلم يجز أن يثبت به الحكم المنسوخ.

ومنها: أن سلمة بن صخر ظاهر من امرأته مريداً للطلاق، لأنه لم يعلم بنسخه، فأجرى عليه حكم الظهار، ولم يوقع عليه بالإرادة حكم الطلاق.

ومنها: أن ما كان صريحاً في التحريم لجنس، لم يجز أن يصير كناية في ذلك الجنس في حكم غير ذلك الحكم، لتنافي اجتماعهما. ولا يفسد بالعتق حيث جعلناه كناية في الطلاق، لأنه لا يكون صريحاً في الحرائر، فجاز أن يكون كناية فيهن. ولا يدخل عليه قوله: «أنت عليَّ حرام» حيث صار كناية في الطلاق. والظهار وإن كان على أحد القولين صريحاً في وجوب الكفارة، لأننا راعينا ما كان صريحاً في التحريم لا في الكفارة، وهو غير صريح في التحريم، فجاز أن يكون كناية فيه كالعتق، جاز أن يكون كناية في الطلاق لاختلاف الجنسين.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ ظِهَارَ مِنْ أَمَةٍ وَلاَ أُمِّ وَلَدٍ، لأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ كَمَا قَالَ: ﴿يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ فَعَقَلْنَا عَنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ نِسَائِنَا وَإِنَّمَا نِسَاؤُنَا أَزْوَاجُنَا، وَلَوْ لَزِمَهَا وَاحِدٌ مِنْ هَذِهِ الأَحْكَامِ لَزِمَهَا كُلُّهَا)[2].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ظاهر الرجل من أمته لم يكن مظاهراً، وبه قال: ابن عمر، وهو مذهب أبي حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال مالك: يكون مظاهراً، وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه وبه قال: الثوري، وأبو ثور استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾[(١)] وهو بالظهار من الأمة قائل منكراً وزوراً، فوجب أن يكون مظاهراً. ولأنها ذات فرج مباح، فصح منها الظهار كالحرة. ولأنه لما استوى حكم قوله: «أنت عليَّ حرام» في الحرة والأمة، فوجب أن يستوي حكم الظهار فيهما.

ودليلنا: مع ما استدل به الشافعي رضي الله عنه أن الظهار كان طلاقاً للزوجات في الجاهلية، فنسخ حكمه عنهن وأثبت محله فيهن. ولأن ما أثبت التحريم في الزوجة لم يثبت ذلك التحريم في الأمة كالطلاق، ولأن من لم يلحقها الطلاق لم يلحقها الظهار كالأجنبية.

فأما استدلالهم: بأنه قائل منكراً وزوراً فكان مظاهراً. قلنا: المرتد أبلغ في قول المنكر والزور من المظاهر، ولا يصير مظاهراً وإنما يصير مظاهراً إذا قال منكراً وزوراً بلفظ مخصوص، في محل مخصوص فلما روعي خصوص اللفظ وجب أن يراعى خصوص المحل. على أن من أصحابنا من قال: إنه لا يكون بذلك في الأمة قائلاً منكراً وزوراً.

وأما قياسهم على الحرة، فالمعنى في صحة الظهار منها: وقوع الطلاق عليها، فخالفتها الأمة.

وأما استدلالهم باستوائهما في لفظ التحريم، فالجواب عنه: إن قوله: «أنت عليَّ حرام» يجري مجرى اليمين، وهما مستويان في الأيمان، فكذلك استويا في لفظ التحريم، والظهار ملحق بالطلاق المختص بأحدهما، فلم يستويا فيه. والله أعلم.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٢.

بَابُ مَا يَكُونَ ظِهَاراً وَمَا لاَ يَكُونَ(١)

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (الظِّهَارُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتَ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَإِنْ قَالَ: أَنْتِ مِنِّي أَوْ أَنْتِ مَعِي كَظَهْرِ أُمِّي وَمَا أَشْبَهَهُ، فَهُوَ ظِهَارٌ)(٢).

قال الماوردي: وهذا صحيح، وهو الظهار عرفاً واشتقاقاً. فإن قال: أنت مني، أو عندي، أو معي، كظهر أمي كان مظاهراً، لأن هذه حروف يقوم بعضها مقام بعض، فلم يخرج في الظهار عن حكم الصريح.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ: فَرْجُكِ، أَوْ رَأْسُكِ، أَوْ ظَهْرُكِ، أَوْ جِلْدُكِ، أَوْ يَدُكِ، أَوْ رِجْلُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي كَانَ هَذَا ظِهَاراً)(٣).

قال الماوردي: أما قوله: بدنك عليَّ كظهر أمي، أو نفسك، أو ذاتك عليَّ، كظهر أمي كقوله: أنت عليَّ كظهر أمي، يكون مظاهراً. وهي ألفاظ يعبر بها عن جميع بدنها، فصار كقوله: أنت عليَّ كظهر أمي.

فأما إذا ظاهر من بعض جسدها كقوله: فرجك، أو رأسك، أو يدك، أو رجلك، أو ظهرك عليَّ كظهر أمي، كان ظهاراً منها جميعاً، كالطلاق إذا أوقعه على بعض جسدها وقع على جميعها. وسواء كان العضو الذي ظاهر منه قد تحيا بفقده كالأنف والأذن، أو مما لا تحيا بفقده كالرأس والبطن.

وعلى قول أبي حنفية: لا يكون مظاهراً إلا بالأعضاء التي لا تحيا بفقدها، كالطلاق. وقد مضى الكلام معه، وذكرنا من التفريع عليه ما أقنع.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ كَبَدَنِ أُمِّي، أَوْ كَرَأْسِ أُمِّي، أَوْ كَيَدِهَا، كَانَ هَذَا ظِهَاراً لأَنَّ التَلَذُّذَ بِكُلِّ أُمِّهِ مُحَرَّمٌ)(٤).

---

(١) في المختصر: «باب ما يكون ظهاراً وما لا يكون ظهاراً».
(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٣.
(٣) مختصر المزني: ص ٢٠٣.
(٤) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

قال الماوردي: وأما معهود الظهار عرفاً وشرعاً فهو أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي، فيشبهها بظهر أمه. فإذا شبهها بعضو من أعضاء أمه فقال: أنت عليَّ كرأس، أو كبطن أمي، أو كيد أمي وكرجل أمي، وكفرج أمي، فالذي نصّ عليه الشافعي: أنه يكون بكل ذلك مظاهراً، تعليلاً بأن التلذذ بكل أمه محرم كالظهر.

وهكذا لو شبه عضواً من زوجته بعضو من أمه فقال: رأسك عليَّ كرأس أمي، أو رجلك عليَّ كرجل أمي، أو يدك عليَّ كيد أمي، كان مظاهراً. هذا هو ظاهر المنصوص ومقتضى التعليل.

وقال الشافعي فيمن شبه زوجته بغير أمه من النساء المحرمات عليه فقال: أنت عليَّ كظهر أختي أو بنتي، قولين:

أحدهما: قاله في الجديد: يكون مظاهراً، لأنها محرمة عليه كأمه. وقال في القديم: لا يكون مظاهراً، لأنه عدل عن الأم المنصوص عليها إلى غيرها.

فعلى تعليل هذا القول اختلف قول أصحابنا إذا عدل عن الظهر المنصوص عليه إلى غيره، فهل يجيء فيه تخريج هذا القول: إنه لا يكون مظاهراً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجيء فيه تخريجه، ويكون في تشبيه زوجته بغير الظهر من أعضاء أمه قولان:

أحدهما: وهو قوله في الجديد: يكون مظاهراً، لأن التلذذ بجميعها محرم.

والقول الثاني: وهو القديم: لا يكون مظاهراً، لأنه عدل عن الظهر المنصوص عليه إلى غيره.

والوجه الثاني: أنه لا يحتمل تخريج هذا القول فيه، ويكون مظاهراً قولاً واحداً.

والفرق بين عدوله عن أمه إلى غيرها، وبين عدوله عن ظهر أمه إلى غيره من أعضائها: أن حرمة أمه أغلظ في التحريم من غيرها من المحرمات، فجاز أن لا يكون مظاهراً في التشبيه بغيرها. وأعضاء أمه في الحرمة سواء، فكان مظاهراً في التشبيه بغير ظهرها.

وذكر أبو إسحاق المروزي وجهاً ثالثاً فرّق فيه بين أعضاء أمه فقال: ما كان من أعضاء أمه مخصوصاً بالكرامة والتعظيم وهو كالرأس والثدي لم يكن مظاهراً في التشبيه به،

فيجعله بقوله: أنت عليّ كرأس أمي، أو كثدي أمي غير مظاهر. وما كان بخلاف هذا من أعضائها التي لا تقصد بالكرامة وتعظيم الحرمة، كان بها مظاهراً. فإن صح هذا التخريج بأنه لا يكون مظاهراً، فهل يكون كناية في الظهار يصير به مع النية مظاهراً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي: يكون كناية يصير به مظاهراً إذا نواه، لأن النية كالعرف.

والوجه الثاني: وهو ظاهر قول أبي علي بن أبي هريرة: لا يكون كناية ولا يصير به مظاهراً وإن نواه، كما لا يكون التشبيه بغير أمه كناية، ولا يصير به مظاهراً وإن نواه تعليلاً بالعرف. والله أعلم.

فصل: وأما إذا قال: أنت عليَّ كبدن أمي، كان مظاهراً منها لا يختلف. لأن البدن يشتمل على الظهر وغيره، فصار التشبيه به أعم.

ولو قال: أنت على كنفس أمي، ففيه وجهان:

أحدهما: يكون صريحاً في الظهار يصير به مظاهراً، لأن النفس يعبر بها عن الذات، فجرى مجرى قوله: كبدن أمي.

والوجه الثاني: يكون كناية إن نوى الظهار به كان مظاهراً، وإن لم ينوه لم يكن مظاهراً، لأنه يحتمل أن يريد به الذات في التحريم، ويحتمل أن يريد به الكرامة في التعظيم.

ولو قال: أنت عليَّ كروح أمي، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون صريحاً في الظهار كالبدن.

والثاني: يكون كناية فيه، لما في ذلك من الاحتمال.

والوجه الثالث: لا يكون صريحاً ولا كناية، لأن الروح ليست من الأعيان المرئية التي يتعلق بها حظراً أو إباحة، وهذا قول ابن أبي هريرة.

وأما أبو حنيفة فإنه يقول: إذا شبه زوجته بعضو من أمه لا تحيا بفقده، كان مظاهراً من زوجته، وإن شبهها بعضو من أمه تحيا بفقده، لم يكن مظاهراً من زوجته. بناء على ما

قدمناه من تشبيه عضو من زوجته بأمه. والخلاف فيها بناء على الخلاف في الطلاق، وقد مضى. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ كَأُمِّي، أَوْ مِثْل أُمِّي، وَأَرَادَ الكَرَامَةَ فَلاَ ظِهَارَ. وَإِنْ أَرَادَ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ، وَإِنْ قَالَ: لاَ نِيَّةَ لِي، فَلَيْسَ بِظِهَارٍ)[1].

قال الماوردي: وهذا من كنايات الطلاق[2] أن يقول: أنت علي كأمي، أو مثل أمي. لأنه يحتمل أن يريد به مثلها في الكرامة، ويحتمل أن يريد به مثلها في التحريم، فلأجل هذا الاحتمال جعلناه كناية. إن نوى به الظهار كان مظاهراً وإن قال: ولا نية، لم يكن مظاهراً.

وجملة الألفاظ في الظهار تنقسم أربعة أقسام:

أحدها: ما كان صريحاً يكون به مظاهراً نوى به الظهار أو لم ينوه، فهو قوله: أنت عليَّ كظهر أمي.

والقسم الثاني: ما يكون كناية يراعي فيه النية، وهو قوله: أنت عليَّ مثل أمي.

والقسم الثالث: ما لا يكون صريحاً ولا كناية، ولا يقع به الظهار وإن نواه، وهو أن يقول: أنت عليَّ كظهر زوجتي هذه، أو كظهر أمتي هذه، أو كظهر امرأة أجنبية.

والقسم الرابع: ما كان مختلفاً فيه، وهو ما قدمناه وينقسم أربعة أقسام:

أحدها: ما اختلف فيه هل هو صريح أو كناية؟ وهو قوله: أنت علي كنفس أمي، وفيه وجهان.

والقسم الثاني: ما اختلف فيه: هل هو صريح، أو كناية، أو ليس بصريح ولا كناية؟ وهو قوله: كزوج أمي، وفيه ثلاثة أوجه.

والقسم الثالث: ما اختلف فيه: هل يكون ظهاراً صريحاً، أو ليس بظهار صريح ولا كناية؟ وهو قوله: كظهر أختي، أو بنتي. وفيه قولان.

والقسم الرابع: ما اختلف فيه: هل هو من المختلف فيه أم لا؟ وهو قوله: كبطن أمي، أو كيدها، أو رجلها، وفيه خلاف بين أصحابنا. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ امْرَأَةٍ مُحَرَّمَةٍ

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

(٢) والصحيح: الظهار.

مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ، قَامَتْ فِي ذَلِكَ مَقَامَ الأُمِّ، لأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمْ قَالَ «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» إلى آخر كلام المزني)[١].

قال الماوردي: أما الظهار المعهود عرفاً وشرعاً فهو ما ذكرناه من التشبيه بالأم فيقول لزوجته: أنت عليَّ كظهر أمي، لقول الله عز وجل: ﴿الَّذِيْنَ يُظَاهِرُوْنَ مِنْكُمْ مِنَ نِسَائِهِمْ مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُوْلُونَ مُنْكراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾[٢].

وكذلك إذا شبه زوجته بجداته كأم الأم، أو أم الأب، كان مظاهراً. لكن اختلف أصحابنا: هل يكون مظاهراً بالنص، أو بالقياس على النص؟ على وجهين:

أحدهما: بالنص، لأن الجدة تسمى أماً.

والثاني: بالقياس، لما فيها من الولادة كالأم.

فأما إذا شبه زوجته بمن تحرم عليه من غير أمهاته، فذلك ضربان:

أحدهما: من تحرم عليه بنسب.

والثاني: من تحرم عليه بسبب.

فأما المحرمات بالأنساب: كالبنت، والأخت، والخالة، والعمة، وهذا تحريم أزلي اقترن بوجود العين. فإذا شبه زوجته بأحد هؤلاء فقال: أنت عليَّ كظهر ابنتي، أو أختي، أو خالتي، أو عمتي، فهل يكون مظاهراً أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: لا يكون مظاهراً، وبه قال أبو حنيفة، لأمرين:

أحدهما: أن الأم أغلظ حرمة، فلم يجز أن يساويها غيرها في الحكم.

والثاني: أنه لو أراد بالنص التنبيه، لنصّ على الأدنى لينبّه على الأعلى، وقد نص على الأعلى، وهو الأم، فلم يكن فيه تنبيه على الأدنى.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: إنه يكون مظاهراً لأمرين:

---

(١) مختصر المزني: ص٢٠٣. وتتمة المسألة: «قال المزني: وحفظي وغيري عنه: لا يكون متظاهراً بمن كانت حلالاً في حال، ثم حرّمت بسبب، كما حرّمت نساء الآباءِ وحلائل الأبناء بسبب، وهو لا يجعلُ هذا ظهاراً، ولا في قوله: كظهر أبي».

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٢.

أحدهما: أنه قد صار بهذا التحريم قائلاً منكراً من القول وزوراً كالأم، فوجب أن يكون مظاهراً كالتشبيه بالأم.

والثاني: أن معنى التحريم في الأم موجود في غيرها من سائر المحرمات بالأنساب، وهو التحريم الأزلي الذي يكفر باستباحته، فصار مظاهراً به كالأم.

وأما المحرمات بالأسباب فضربان:

أحدهما: سبب لا يتأبد تحريمه كأخت امرأته، وخالتها، وعمتها، يحرمن ما كان مقيماً على نكاح امرأته، فإذا فارقها حللن له، فلا يكون بتشبيه زوجته بواحدة منهن مظاهراً.

فإذا قال لزوجته: أنت عليَّ كظهر أخت زوجتي، أو كظهر خالتها، أو كظهر عمتها، لم يكن مظاهراً لا يختلف، لأن ظهر هؤلاء لم يكن حراماً عليه قبل نكاح زوجته، ولا يحرمن عليه بعد فراقها، فلا يتحقق فيهن التحريم.

والضرب الثاني: سبب يتأبد تحريمه، وذلك شيئان: الرضاع، والمصاهرة. وتحريمها على ضربين: أزلي، وطارىء.

فأما الطارىء منهما فهو: أن يحدث التحريم بهما بعد أن لم يكن، مثاله في الرضاع: أن ترتضع صبية من لبن أمه بعد ولادته، فتصير أختاً محرمة بعد أن لم تكن محرمة.

ومثاله في المصاهرة: أن يتزوجها أبوه بعد ولادته، أو تكون بنت امرأته، أو أم زوجته، فتصير محرمة بالمصاهرة بعد أن لم تكن محرمة. فلا يكون مظاهراً، إذا شبه زوجته بأحد هؤلاء، وكذلك إذا شبهها بامرأةٍ لاعَن منها، لأنه تحريم طرأ بعد أن لم يكن، فخرج عن حقيقة التحريم في الانتهاء لخروجه عنه في الابتداء.

وأما الأزلي، فمثاله في الرضاع: أن ترتضع صبية من أمه قبل ولادته، فلا يوجد إلا والتحريم موجود. ومثاله في المصاهرة: أن يتزوج أبوه امرأة قبل ولادته، ثم يولد من غيرها، فلا يوجد إلا وتحريمها عليه موجود، فيكون في حكم المحرمات بالأنساب.

فإن شبه زوجته بواحدة فقال: أنت عليَّ كظهرها، هل يكون مظاهراً أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين. فإذا ورد عليك تحريم رضاع أو مصاهرة فاعتبره بما ذكرنا من طروئه أو أزليته، فلا تجعله مظاهراً به إن كان طارئاً، واجعله مظاهراً به في أصح القولين إن كان أزلياً.

والشافعي وإن أطلق ذكر الرضاع والمصاهرة من غير تفصيل، فقد فصله المزني والربيع عنه، وهما أعرف بمراده، فلا وجه لمن وهم من أصحاب فسوى بين الأمرين. والله أعلم.

فصل: فأما إذا قال لزوجته: أنت عليَّ كظهر أبي، لم يكن مظاهراً، لا يختلف فيه المذهب، وإن كان ظهره حراماً كالأم. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن ظهر الأم محل الاستمتاع فاختص بتحريم المظاهرة، وليس ظهر الأب محلاً له، فانتفى عنه تحريم المظاهرة.

والثاني: أن الأم محل للطلاق فاختصت بالظهار، وليس الأب محلاً له فلم يتعلق به ظهارٌ. والله أعلم.

فصل: ولو قال: أنا عليك كظهر أمك، كان كناية. إن أراد به الظهار كان مظاهراً، وإن لم يرد به لم يكن مظاهراً، ويجري مجرى الطلاق في قوله: أنا طالق منك، حيث جعلناه كناية. وخالف فيه أبو حنيفة.

فصل: وإذا ظاهرت المرأة من زوجها فقالت له: أنت عليّ كظهر أمي، لم يصح الظهار منها، ولم تلزمها كفارة.

وقال الحسن البصري، والنخعي: تكون مظاهرة منه كالرجل، وتلزمها الكفارة بالعود.

وقال الأوزاعي: لا تكون مظاهرة من زوجها. فإن قالت ذلك لأجنبي لزمتها الكفارة إذا تزوجته لرواية الشَّعْبي: أن عائشة بنت طلحة قالت: «إن تزوّجْتُ مصعبَ بن الزبير فهو عليَّ كظهر أمي» ثم سألت عن ذلك فأُمِرَت أن تعتقَ رقبة، وتزوجته[1].

وهذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُوْنَ مِنْ نِّسَائِهِمْ﴾[2] فخص الرجال. ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية فصار معتبراً بالطلاق في الإسلام، فلما لم يكن للطلاق من النساء حكم، فكذلك لا يكون للظهار منهن حكم.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور (١٨٤٨). و(١٨٤٩). وعبد الرزاق (١١٥٩٦).

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

فأما الخبر فلا دليل فيه، لأنه لم يأمرها بالتكفير من قولها ذلك، ويجوز أن يكون قد اقترن بظهارها يمين فأمرها بكفارة اليمين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيَلْزَمُ الحِنْثُ بِالظِّهَارِ، كَمَا يَلْزَمُ بِالطَّلَاقِ)(١).

قال الماوردي: وجملته: أن الظهار ملحق بالطلاق، فيقع معجَّلاً بأن يقول: أنت عليَّ كظهر أمي. ومؤجَّلاً بأن يقول: إذا جاء رأس الشهر فأنت علي كظهر أمي، فلا يكون مظاهراً قبل الشهر. فإذا جاء رأس الشهر، صار مظاهراً.

ويقع على صفة بأن يقول: أنت علي كظهر أمي إن شئت. فإن شاءت في الحال صار مظاهراً، وإن لم تشأ في الحال لم يكن مظاهراً. ولو قال: إن شاء زيد، فمتى شاء زيد على الفور أو التراخي كان مظاهراً، وإن لم يشأ فليس بمظاهر.

ويقع بأن يحلف به فيحنث، مثل قوله: إن كلمت زيداً فأنت عليَّ كظهر أمي، فمتى حنث بكلام زيد صار، مظاهراً.

ويصح فيه الاستثناء بمشيئة الله تعالى فيقول لها: أنت عليَّ كظهر أمي إن شاء الله تعالى، فلا يكون مظاهراً. وذكر الشافعي في القديم فقال: إذا ظاهر فقال إن شاء الله قولين:

أحدهما: لا يقع، وهو مذهب في الظهار والطلاق.

والثاني: يقع، فاختلف أصحابنا في تخريجه على وجهين:

أحدهما: لا يصح تخريجه له قولاً ثانياً ولا مذهباً معتمداً، كما لا يصح تخريجه في الطلاق، ويكون محمولاً على الحكاية عن غيره من الفقهاء.

والوجه الثاني: إن تخريجه صحيح، وهو قول ثان في القديم: إنه يصح ظهاره مع الاستثناء، وإن لم يصح طلاقه.

والفرق بينهما: أن جنس الطلاق مباح، فجاز أن يرتفع بالاستثناء. وجنس الظهار محظور، فلم يرتفع بالاستثناء. ومن قال بتخريج هذا القول، قال به في تعليق الظهار بشرط

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

أو على صفة، أو إلى أجل: أنه لا يتعلق بهما، ويقع ناجزاً على هذا القول المخرج في الاستثناء.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِذَا نَكَحْتُكِ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَنَكَحَهَا، لَمْ يَكُنْ مُتَظَاهِراً)(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأنه لما لم ينعقد طلاق قبل نكاح، لم ينعقد ظهار ولا إيلاء قبل نكاح. فإذا نكحها لم يكن مظاهراً، ولو ظاهر منها وهي زوجته ثم طلقها عقيب ظهاره من غير عود ثم استأنف نكاحها بعقد، ففي عود ظهاره قولان على ما مضى في الطلاق والإيلاء.

ولو قال وتزوجها صغيراً: إذا بلغتُ فأنت عليَّ كظهر أمي، لم يكن مظاهراً إذا بلغ، لأنه لا حكم لقوله.

ولو قال وهو بالغ وهي صغيرة: إذا بلغت فأنت كظهر أمي، كان مظاهراً إذا بلغت، لأنه عقد الظهار في وقت لو عجَّله صح.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي يُرِيدُ: الظِّهَارَ، فَهِيَ طَالِقٌ، لأَنَّهُ صَرَّحَ بِالطَّلَاقِ، فَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ كَظَهْرِ أُمِّي إِلَّا أَنَّكِ حَرَامٌ بِالظِّهَارِ كَظَهْرِ أُمِّي أو مُحَالٌ، فلا مَعْنَى له)(٢).

قال الماوردي: قد ذكرنا: أن الظهار لا يكون كناية في الطلاق، والطلاق لا يكون كناية في الظهار، وكل واحد منهما صريح في حكمه. فإذا كان هكذا، وجمع بينهما في زوجة فهو على ضربين:

أحدهما: أن يقدم الطلاق على الظهار وهو مسألة الكتاب، فيقول لها: أنت طالق كظهر أمي، طلقت منه بقوله: أنت طالق.

وأما قوله: كظهر أمي، فلا يخلو فيه من أربعة أقسام:

أحدها: أن ينوي به أنها تصير عنه بالطلاق محرمة كظهر أمه، فيصير ذلك تفسيراً

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣. وتتمة المسألة: «ولأن التحريم إنما يقع من النساء على من حلّ له، ولا معنى للتحريم في المحرم، ويروى مثل ما قلت عن النبي ﷺ، ثم علي وابن عباس وغيرهم، وهو القياس».

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

لحكم الطلاق وتأكيداً لإثباته، ولا يكون مظاهراً ولا يصير به آثماً، لأنه قصد به تحريم محرمة كما لو قال لأجنبية: أنت عليَّ كظهر أمي، لم يكن آثماً لقصده بتحريم محرمة.

فإن قيل: يقتضي على هذا التعليل إذا قال لزوجته وهي مُحرمة بحج أو عمرة: أنت عليَّ كظهر أمي، أن لا يكون مظاهراً ولا آثماً.

قيل: يكون في المحرمة مظاهراً، لأن الإحرام، لا يخرجها من الزوجية، والطلاق يخرجها من الزوجية، ولا يحرم بأن يستمتع بالنظر إلى المحرمة، ويحرم بأن يستمتع بالنظر إلى المطلقة. فإن قال في المحرمة: إنها عليَّ كظهر أمي، بالإحرام الطارىء لا بالتحريم المؤبد، لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتماله.

والقسم الثاني: أن ينوي به أن يكون الطلاق الذي تقدمه ظهاراً، فيكون مطلقاً، ولا يكون مظاهراً، لأن صريح الطلاق لا يزول عن حكمه بالنية.

والقسم الثالث: أن ينوي به الظهار بانفراده بعد الطلاق المتقدم، فينظر: فإن كان الطلاق بائناً، إمّا لكونه ثالثاً، أو دونها بعوض، أو في غير مدخول بها، لم يقع الظهار منها كما لا يقع الطلاق عليها. وإن كان رجعياً كان مظاهراً، ولم يكن عائداً. فإن راجعها في العدة، فهل يصير عائداً بنفس الرجعة أو بمضي زمانها بعد الرجعة؟ على ما قدمناه من الوجهين.

وإن لم يراجع حتى مضت العدة، ثم استأنف العقد عليها، ففي عود الظهار في النكاح الثاني قولان على ما مضى. وإذا عاد في أحد القولين، فبماذا يصير عائداً؟ على ما قلناه من الوجهين.

والقسم الرابع: أن يقوله مرسلاً لا ينوي به شيئاً، فلا يكون به مظاهراً، فإن قوله: كظهر أمي، كلام مبتوت يخرج عن حكم الصريح حتى يستكمل بقول: أنت عليَّ، فيصير حينئذ صريحاً، وإذا خرج بنقصانه عن حكم الصريح، لم يتعلق به مع عدم النية حكم. والله أعلم.

فصل: والضرب الثاني: أن يقدم الظهار على الطلاق فيقول: أنت عليَّ كظهر أمي طالق، فيكون مظاهراً بقوله الأول. فأما قوله: طالق، فلا يخلو حاله فيه من أربعة أقسام:

أحدها: أن ينوي به أنها تصير بما تقدم من الظهار كالمطلقة، فلا تصير بالنية كالمطلقة، لأن حكم الظهار مخالف لحكم الطلاق.

والقسم الثاني: أن ينوي به أن يصير الظهار الذي تقدم طلاقاً، فيصير ظهاراً، ولا يصير بالنية طلاقاً، لأن صريح الظهار لا يصير طلاقاً.

والقسم الثالث: أن ينوي به إيقاع الطلاق بعد الظهار، فيكون مظاهراً ومُطلقاً، ويمنع وقوع الطلاق من أن يصير عائداً.

والقسم الرابع: أن يقوله مرسلاً لا ينوي به شيئاً، ففي وقوع الطلاق به وجهان:

أحدهما: لا يقع لأمرين.

أحدهما: أنه مبتوت اللفظ، فلم يقع به طلاق.

والثاني: لما روعيت نيته فيه، صار كناية لا يتعلق بها مع عدم النية حكم.

والوجه الثاني: أن يقع به الطلاق لأنه من صريح ألفاظه، وقد تقدم من المواجهة ما إذا تلفظ بعده بالطلاق صار مضمراً فيه، فكأنه قال: أنت كظهر أمي، وأنت طالق.

والفرق بين أن يؤخر الظهار فلا يكون مظاهراً مع عدم النية: أن ما تركه بتأخير الظهار حرفان:

أحدهما: حرف للمواجهة وهو قوله: أنت،

والثاني: حرف الالتزام وهو قوله: عليَّ. والذي تركه من الطلاق حرف المواجهة دون الالتزام، لعدم ذكره في الطلاق المتقدم. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي يُرِيدُ الطَّلاَقَ، فَهُوَ ظِهَارٌ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن قوله: أنت علي حرام، يجوز أن يكون كناية في الطلاق وكناية في الظهار، وإن أريد به التحريم أوجب كفارة من غير تحريم، وإن تجرد عن نية، فهل يكون صريحاً في وجوب الكفارة أم لا؟ على قولين:

فإذا ثبت أن لفظ التحريم يتعلق عليه من الأحكام ما وصفنا، وقال لها: أنت عليّ حرام كظهر أمي، فله في التحريم أربعة أحوال:

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

إحداها: أن ينوي له الظهار فيكون ظهاراً، فكأنه قال: أنت عليّ كظهر أمي، أنت عليّ كظهر أمي.

والثانية: أن ينوي له الطلاق، فمذهب الشافعي المنصوص عليه: أن يكون طلاقاً، ويجري مجرى قوله: أنت طالق كظهر أمي.

وقال بعض أصحابنا: يكون ظهاراً ولا يكون طلاقاً، لأنه قد اجتمع فيه قرينتان:

إحداهما: خفية، تدل على الطلاق وهي النية.

والأخرى: ظاهرة، تدل على الظهار وهي قوله: كظهر أمي، فوجب تقديم الظاهرة على الخفية.

وذكر أنه وجده منصوصاً في بعض النسخ. وهذا خطأ، ووجوده في بعض النسخ سهو، لأن لفظ التحريم كناية إذا اقترن بالنية خرج مخرج الصريح، فصار كقوله أنت طالق كظهر أمي.

والحال الثالثة: أن ينوي به تحريم عينها. فعلى مذهب الشافعي: يجب عليه كفارة يمين، لأن التحريم يوجب التكفير. وعلى قول من خالفه من أصحابنا: يكون ظهاراً.

والحال الرابعة: ألا يكون له فيه نية، فيكون ظهاراً. لأنه لما اقترن بقوله: كظهر أمي، صار ظهاراً فيه محمولاً عليه، واعترافه مصروفاً إليه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لأُخْرَى: قَدْ أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا، أَوْ أَنْتِ شَرِيكَتَهَا، أَوْ فِي أَنَّهَا زَوْجَةٌ لَهُ، أَوْ عَاصِيَةٌ، أَوْ مُطِيعَةٌ لَهُ كَهِيَ)[1].

قال الماوردي: لا يخلو حاله إذا ظاهر من إحدى زوجتيه، وقال للأخرى: قد أشركتك معها، أو أنت مثلها، من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يريد به شريكتها في الظهار، فيصير به مظاهراً من الثانية كظهاره من الأولى.

فإن قيل: أفليس لو آلى من أحدهما وقال للأخرى: أنت شريكتها، يريد في الإيلاء لم يكن مولياً من الثانية، فما الفرق بينهما؟.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣. وفي المختصر: «أو أنتِ كهيَ ولم ينو ظهاراً، لم يلزمه لأنها تكون شريكتها في أنها زوجة. . .».

قيل: الفرق ما قدمناه، من أن الإيلاء يمين لا ينعقد بالإضمار ولا بالكناية والظهار كالطلاق يصح بالكناية والمضمر.

والقسم الثاني: أن يريد به شريكتها في الكرامة، أو في الهوان، أو مثلها في الطاعة، أو المعصية، ولا يكون مظاهراً من الثانية لأن كلامه يحتمل ما أراده.

والقسم الثالث: أن يطلق ذلك ولا يكون له إرادة، فمذهب الشافعي وما نص عليه في الجديد: أنه لا يكون مظاهراً من الثانية، لأن اللفظ قد صار باعتبار النية كناية إذا تجرد عن الإرادة لم يتعلق به حكم.

وقال في القديم: يكون مظاهراً من الثانية، فاختلف أصحابنا فيه، فأثبته بعضهم قولاً ثانياً اعتباراً بالظهار، ونفاه الأكثرون ونسبوه إلى الحكاية عن غيره، لما قدمنا من التعليل.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ لَهُ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، فَقَالَ فِي كِتَابِ الظِّهَارِ الجَدِيدِ وَفِي الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ: إِنَّ عَلَيْهِ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ كَمَا يُطَلِّقُهُنَّ مَعاً بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ. وَقَالَ فِي الْكِتَابِ القَدِيمِ: لَيْسَ عَلَيْهِ إِلاَّ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، لأَنَّهَا يَمِينٌ. ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الكَفَّارَاتِ، قال المزني: وَهَذَا بِقَوْلِهِ أَوْلَى)[1].

قال الماوردي: لا يخلو ظهاره من الأربعة من أحد أمرين:

أحدهما: أن يفردهن فيه، ويظاهر في كل واحدة منهن بقول منفرد، فيلزمه في كل واحدة منهن كفارة، لا يختلف فيه المذهب.

والثاني: أن يجمعهن في الظهار بكفارة واحدة فيقول لهن: أنتن عليَّ كظهر أمي، ففي الكفارة قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم: يجب عليه كفارة واحدة، لثلاثة أشياء:

أحدها: أن لفظة الظهار واحدة، فيتعلق بها كفارة واحدة، كالمظاهر من واحدة.

والثاني: أن الظهار يلحق بالإيلاء ومعتبر بالأيمان، لقول النبي ﷺ لسلمة بن صخر حين ظاهر: «كفِّرْ عن يمينك»[2] ثم إنه لو آلى من أربع بيمين واحدة، أو جمع بين عدد في يمين واحدة، لزمه في الحنث كفارة واحدة، كذلك إذا ظاهر من الأربعة بكلمة واحدة لزمه كفارة واحدة.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

(٢) سبق تخريجه.

والثالث: أنه لما جاز إذا طلق أربعاً أن يجمع بينهن في رجعة واحدة، كذلك ظهاره من الأربع يجزىء عنه كفارة واحدة.

والقول الثاني: وهو الأصح، قاله في الجديد والإملاء، واختاره المزني، وبه قال أبو حنيفة: عليه لكل واحدة منهن كفارة، فيلزم في الأربع إن عاد منهن أربع كفارات لثلاثة أشياء:

أحدها: أنه متظاهر من أربع، فوجب أن يلزمه أربع كفارات، كما لو ظاهر منهن منفردات.

والثاني: أنه لما استوى في الطلاق حكم الاجتماع والانفراد في الرجوع والرجعة، وجب أن يستوي حكم الظهار في الاجتماع والانفراد في وجوب الكفارة. ولأن كفارة الظهار أوجبت تكفيراً لتحريمه ومأثمه، فلما تضاعف مأثمه وتحريمه في الاجتماع على الانفراد، وجب أن يتضاعف تكفيره. ومثل هذين القولين في القذف: إذا جمع بين عدد بكلمة واحدة.

فعلى قوله في القديم: يحد لجميعهم حداً واحداً، لأن لفظة القذف واحدة. وعلى قوله في الجديد: يحد لكل واحد منهم حداً، لأنه مقذوف والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا مِرَاراً يُرِيدُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ ظِهَاراً غَيْرَ الآخَرِ، قَبْلَ أن يُكَفِّر، فَعَلَيْهِ بِكُلِّ تَظَاهُرٍ كَفَّارَةٌ، كَمَا يَكُونَ عَلَيْهِ فِي كُلِّ تَطْلِيقَةٍ تَطْلِيقَةٌ. وَلَوْ قَالَهَا مُتَتَابِعاً فَقَالَ: أَرَدْتُ ظِهَاراً وَاحِداً، فَهُوَ وَاحِدٌ، كَمَا لَوْ تَابَعَ بِالطَّلَاقِ كَانَ كَطَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ)(١).

قال الماوردي: الظهار غير محصور العدد، وليس كالطلاق المحصور بثلاث. فإذا ظاهر من امرأته، ثم كرر الظهار مراراً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون متوالياً، فلا يخلو حاله فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يريد بالتكرار التأكيد، فيكون ظهاراً واحداً تجب فيه كفارة واحدة. فالطلاق إذا كرره تأكيداً، كانت طلقة واحدة.

والقسم الثاني: أن يريد به الاستئناف، فيكون بكل لفظة منها مظاهراً. فإن تقررت

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

خمس مرات كان ظهاره خمساً، ولو كرر الطلاق خمساً لم يكن إلا ثلاثاً، لما ذكرنا من حصر الطلاق وإن سأل الظهار.

وإذا كان كذلك، وقد كرر من ظهارها خمس مرات فمذهب الشافعي وما عليه أكثر أصحابه: أنه يكون مظاهراً خمس مرات.

وقال بعض أصحابه: الظهار الثاني في زمان عوده من الظهار الأول، ولا يكون مظاهراً في وقت العود، وكما لا يكون عائداً في وقت الظهار فيصير الثاني عوداً، والثالث عوداً ظهاراً ثانياً، والرابع عوداً في الثاني الذي كان ثالثاً، والخامس ظهاراً ثالثاً.

وهذا الذي قاله خطأ، لأن العود بالزمان، والظهار بالقول، فلم يقع الفرق في مضي زمان العود بين: أن يكون فيه ممسكاً، أو متكلماً. ولم يقع الفرق في كلام بين: أن يكون ظهاراً، أو خطاباً. وإذا كان كذلك وصار مظاهراً على مذهب الشافعي وعلى من خالفه من أصحابه ثلاثاً، ففيما يلزم من الكفارة قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم: يلزم كفارة واحدة. ويتداخل الكفارات بعضها في بعض، كالحدود.

ووجهه: أن ما بعد الظهار الأول لم يفد من التحريم غير ما أفاده الأول، فلم يوجب من الكفارة غير ما أوجبه الأول.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو الصحيح: لكل ظهار من ذلك كفارة، فيلزمه على مذهب الشافعي رحمه الله: خمس كفارات وعلى الوجه الآخر: ثلاث كفارات.

ووجه ذلك: أنه لما ثبت بما بعد الأول كثبوت الأول، اقتضى أن يوجب مثل ما أوجبه الأول.

والقسم الثالث: أن يطلق تكرار ظهاره فلا يريد به تأكيداً ولا استئنافاً، فيكون ظهاراً واحداً لا يجب فيه إلا كفارة واحدة، حملاً على التأكيد. ولو أطلق تكرار الطلاق، كان على قولين:

أحدهما: أن يكون محمولاً على التأكيد، ولا يلزم إلا طلقة واحدة كالظهار.

والقول الثاني: يكون محمولاً على الاستئناف، فيلزمه ثلاث تطليقات، بخلاف الظهار.

والفرق بينهما: أن الطلاق ينقض الملك، فكان التكرار مؤثراً فيه. والظهار لا ينقض الملك، فلم يؤثر التكرار فيه.

فصل: والضرب الثاني: تكرار الظهار متفرقاً. كأنه ظاهر منها في يوم، ثم أعاد الظهار من غده، ثم أعاده من بعد غده، فهذا على ثلاثة أقسام أيضاً:

أحدها: أن يريد به التأكيد، فيكون تأكيداً كالمتوالي ولا يلزمه إلا كفارة واحدة. ولو كرر الطلاق مفرقاً وأراد به التأكيد، لم يكن تأكيداً، بخلاف المتوالي.

والفرق بينهما: أن الطلاق مزيل للملك، فروعي الولاء في تأكيده. والظهار غير مزيل للملك، فلم يراع الولاء في تأكيده.

والقسم الثاني: أن يريد به الاستئناف، فيكون استئنافاً يستوي فيه الطلاق والظهار.

فأما الكفارة، فإن كان الظهار التالي بعد التكفير عن الظهار الأول، لزمه في الثاني كفارة ثانية، وكذلك فيما يليه إذا كفر عما قبله. وإن كان قبل تكفيره كما تقدم، فعلى ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: وهو القديم: يلزمه في جميع ذلك كله كفارة واحدة.

والقول الثاني: وهو الجديد: يلزمه في كل ظهار منه كفارة.

والقسم الثالث: أن لا ينوي تأكيداً ولا استئنافاً، فينظر: فإن كان بعد التكفير عن الأول، حمل على الاستئناف. وإن كان قبل التكفير عن الأول، فعلى وجهين:

أحدهما: أنه يكون محمولاً على الاستئناف كالطلاق، وفيما يلزمه من الكفارة قولان على ما مضى.

والوجه الثاني: أن يحمل على التأكيد بخلاف الطلاق، والفرق بينهما ما مضى.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: إِذَا تَظَاهَرْتُ مِنْ فُلَانَةِ الأَجْنَبِيَّةِ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَتَظَاهَرَ مِنَ الأَجْنَبِيَّةِ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ظِهَارٌ، كَمَا لَوْ طَلَّقَ أَجْنَبِيَّةً لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً)[1].

قال الماوردي: إعلم أنه إذا علق ظهار زوجته بظهاره من غيرها، كقوله لها: إذا

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

تظاهرت من فلانة فأنت علي كظهر أمي، لم يخل حال تلك من أمرين: إما أن تكون زوجة، أو أجنبية.

فإن كانت زوجة له أخرى، كرجل له زوجتان حفصة وعمرة. فقال: يا حفصة متى تظاهرت من عمرة فأنت عليّ كظهر أمي، فإذا تظاهر من عمرة صح ظهاره منها بالمواجهة لأنها زوجته، وصار مظاهراً من زوجته حفصة بالصفة، وعليه لكل واحدة منهما كفارة قولاً واحداً.

فإن قيل: فهلا كان عليه في أحد القولين كفارة واحدة، كما لو جمع بينهما في الظهار؟.

قلنا: لأنه في الجمع بينهما مظاهر منهما بكلمة واحدة، فجاز أن يلزمه في أحد القولين كفارة واحدة، وهو في هذا الموضع مظاهر منهما بكلمتين، فلزمه لهما كفارتان. وإن كانت تلك الأخرى، أجنبية فعلى ضربين:

أحدهما: أن يذكرها بالإسم، ولا يصفها بالأجنبية كقوله: إذا تظاهرت من عمرة فأنت عليَّ كظهر أمي وعمرة أجنبية. فلم يتظاهر من عمرة، فهو غير متظاهر من زوجته حفصة. وإن تظاهر من عمرة، لم يخل أن يتظاهر منها قبل نكاحها، أو بعده:

فإن تظاهر منها بعد نكاحها، صح ظهاره منها، لأن الظهار صار منها وهي زوجته فصار مظاهراً من زوجته بالصفة، لأنها قد وجدت بالظهار الصحيح في عمرة.

وإن تظاهر من عمرة قبل نكاحها، كان ظهاره منها فاسداً، لأنه يصبح من غير زوجته، وإذا فسد ظهاره منها، لم يصر مظاهراً من زوجته حفصة، لأنه جعل ظهاره منها مشروطاً بظهاره من عمرة. فإذا فسد ظهار عمرة، عدم الشرط المعتبر في ظهار حفصة.

وكذلك في الطلاق إذا قال لزوجته: إذا طلقت عمرة فأنت طالق، لم تطلق عمرة وهي أجنبية، ولا زوجته، لأن كلامه لعمرة وهي أجنبية ليس بطلاق، كذلك الظهار. وإنما كان هكذا، لأن الأسماء إذا تعلق بها في الشرع أحكام كان وجود الأحكام مشروطاً في صحة الأسماء، وعدمها دليلاً على فساد تلك الأسماء، كاسم البيع والنكاح. ويتعلق بهما مع الصحة، ويزول عنهما بالفساد.

فلو قال: أردت بظهاري من عمرة الأجنبية لفظ الظهار في اللغة دون حكمه في

الشرع، يحمل على قوله، وصار ظهاره من عمرة وإن كانت أجنبية موجباً للظهار من حفصة بوجود الشرط وهو التلفظ بالاسم اللغوي.

فصل: والضرب الثاني: أن يصفها مع ذكر الاسم بالأجنبية، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يخرج مخرج الشرط كقوله: إذا تظاهرت من عمرة أجنبية فأنت عليَّ كظهر أمي، فقد جعل كونها أجنبية شرطاً في ظهاره منها، لأنه حذف الألف واللام الموضوعين للتعريف، ونصب على الحال، فصار كقوله: إذا تظاهرت من عمرة وهي أجنبية فأنت علي كظهر أمي، فمتى تظاهر من عمرة وهي أجنبية لم يصر مظاهراً من زوجته حفصة، لأنه متى تظاهر منها بعد نكاحها لم تكن أجنبية، وقد شرط أن يكون عند الظهار منها أجنبية، فصار الشرط في وقوع الظهار على حفصة معدوماً في الظهار من عمرة.

والضرب الثاني: أن يخرج مخرج التعريف فيقول: إذا تظاهرت من عمرة الأجنبية فأنت يا حفصة عليَّ كظهر أمي. فإن تظاهر من عمرة قبل نكاحها، لم يصر مظاهراً لفساد ظهاره من عمرة. وإن تظاهر من عمرة، صح ظهاره منها. وهل يصير مظاهراً من حفصة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصير مظاهراً من حفصة، تعليلاً بأن دخول الألف واللام في الأجنبية يجعل هذه الصفة فيها شرطاً، فإذا تظاهر منها بعد نكاحها لم يوجد الشرط، فلم يصر مظاهراً من حفصة، تعليلاً بأن دخول الألف واللام للتعريف دون الشرط وأصل هذين الوجهين في الأيمان أن يقول: واللّهِ لا أكلتُ هذه البسرة، فأكلها رُطباً. ولا كلمت هذا الصبي، فكلمه شيخاً، ففي حنثه وجهان:

أحدهما: يحنث، تعليلاً بإجرائه مجرى الشرط.

والثاني: لا يحنث، لأنه بالتعريف أحق. والله أعلم.

بَابُ مَا يُوجِبُ عَلَى المُتَظَاهِرِ الكَفَّارَةَ مِنْ كتاب ظهار[١]

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ الآيَةَ قَالَ: وَالَّذِي عَقَلْتُ مِمَّا سَمِعْتُ فِي (يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا) الآيَةَ أَنَّهُ إِذَا أَتَتْ عَلَى المُتَظَاهِرِ مُدَّةٌ بَعْدَ القَوْلِ بِالظِّهَارِ لَمْ يُحَرِّمْهَا بِالطَّلَاقِ الَّذِي تَحْرُمُ بِهِ، وَجَبَتْ عَلَيْهِ الكَفَّارَةُ، كَأَنَّهُمْ يَذْهَبُونَ إِلَى أَنَّهُ إِذَا أَمْسَكَ مَا حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ فَقَدْ عَادَ لِمَا قَالَ فَخَالَفَهُ، فَأَحَلَّ مَا حَرَّمَ، وَلاَ أَعْلَمُ مَعْنًى أَوْلَى بِهِ مِنْ هَذَا)[٢].

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في كفارة الظهار على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول مجاهد وسفيان الثوري: إنها تجب بلفظ الظهار من غير عود.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة: إنها لا تجب بالظهار ولا بالعود، ولا يستقر ثبوتها في الذمة، وإنما هي شرط في الاستباحة كالطهارة في صلاة التطوع ليست واجبة عليه، وإنما هي شرط في فعل الصلاة. فإن وطىء قبل التكفير لم يلزمه الظهار، وكان شرطاً في استباحة الوطء الثاني. فإن وطىء ثانية، لم تجب وكان شرطاً في استباحة الوطء الثالث، كذلك أبداً.

والمذهب الثالث: وهو قول الشافعي وسائر الفقهاء: إنها تجب بالظهار والعود وجوباً مستقراً. واختلف من قال بهذا في العود على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي: أن العود هو أن يمسك عن طلاقها مدة يمكنه فيها الطلاق.

---

(١) في المختصر: «باب ما يوجب على المتظاهر الكفارة من كتابي الظهار قديم وجديد، وما دخله من اختلاف أبي حنيفة، والشافعي رحمة الله عليهم».

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٣.

والثاني: وهو مذهب داود وأهل الظاهر: إنه إعادة الظهار ثانية بعد أولى، فيقول: أنت عليَّ كظهر أمي، أنت عليَّ كظهر أمي.

والثالث: وهو مذهب مالك: إنه العزم على الوطء.

والرابع: وهو مذهب الحسن، وطاوس، والزهري: إنه الوطء.

فصل: فأما مجاهد، فاستدل على أن الكفارة تجب بالظهار وحده، وأن العود فيه إعادته في الإسلام بعد تقدمه في الجاهلية: برواية محمد بن كعب، عن عجرة، عن خولة بنت ثعلبة: أنها كانت تحت أوس بن الصامت، وكان به لممٌ، وكان إذا أخذه لممُهُ ذهب ليخرَّجَ فتمنعُه فيقول: أنتِ عليَّ كظهر أمي إن لمْ ترسليني لأجلدنَّك مائة، فنزل فيهما قرآنُ الظِّهار[1] واستدل بقوله تعالى ﴿وإنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾[2]، فأوجب الكفارة بالمنكر الزور، والظهار هو المنكر والزور دون العود. ولأن الله تعالى نهى عن الظهار، فكان العود فيه هو فعل المنهى كما قال في جزاء الصيد: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾[3] يعني: إلى فعل ما نهى الله عنه. وكما قال في الربا: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ﴾[4] فإن عاد يعني: إلى ذلك المنهي، فينتقم الله منه. ولأن الظهار قد كان طلاقاً في الجاهلية، فنقل حكمه إلى ما استقر عليه في الشرع، فاقتضى أن يكون حكمه معتبراً بلفظه كالطلاق.

والدليل عليه قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُوْنَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[5] فجعل الكفارة واجبة بشرطين:

أحدهما: الظهار. والآخر: العود. فاقتضى أن لا تجب بأحدهما.

فإن قيل: فيحمل على العود في الإسلام بعد تقدمه في الجاهلية.

قيل: لا يجوز حمله على هذا من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لو كان محمولاً على هذا، لذكره بلفظ الماضي دون المستقبل، فقال تعالى: ﴿والّذين يُظاهرُونَ من نِسَائهم﴾[6] وفي ذكره باللفظ المستقبل دليل على فساد هذا التأويل.

---

(١) أخرجه الطبري في تفسيره ٢٨/ ٤.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٥) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٦) سورة المجادلة، الآية: ٣.

والثاني: أنه لو كان محمولاً على ما ذكروه، لما لزمت الكفارة في الظهار إلا لمن جمع فيه بين الجاهلية والإسلام، ولبطل حكمه الآن لانقراض من أدرك الجاهلية.

والثالث: أن النبي ﷺ أمر أوس بن الصامت وسلمة بن صخر بالكفارة عن ظهارهما، ولم يسألهما عن ظهارهما في الجاهلية، ولو كان شرطاً في الوجوب لسألهما.

فإن قيل: فما سألهما عن العود فلو كان شرطاً في الوجوب لسأل.

قيل: العود، الإمساك عن الطلاق. وقد علم أنهما لم يطلقا، فَعلم بذلك عودهما، لأن الظهار والإيلاء كانا طلاقاً في الجاهلية، فنقلا في الشرع إلى موجب الكفارة. ثم ثبت أن الكفارة في الإيلاء تجب بشرطين: اليمين، والوطء. فوجب أن تكون الكفارة في الظهار بشرطين: الظهار، والعود.

وأما الجواب عن الخبر، فهو: أن ليس في تكرار ظهاره دليلاً على تقدمه قبل إسلامه.

وأما الجواب عن قوله ﴿وإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾[1] فهو: أن قول الزور من شروط التحريم، والكفارة في الآية الأخرى معلقة بشرطين: الظهار والعود.

وأما الجواب عن قوله: العود فعل المنهى عنه، فهو: أن ذلك غير مسلم، بل هو الرجوع، والمنهى عنه: هو تحريم الظهار، والرجوع فيه أن يحرمها بالطلاق، فكان في هذا دليل على ما قلنا.

وأما الجواب عن استدلالهم بالطلاق، فهو: أن الطلاق مطلق، والظهار مقيد، ولو جاز حمل أحدهما على الآخر كان حمل المطلق على المقيد أولى من حمل المقيد على المطلق، وإذا لم يجز هذا كان حمل كل واحد منهما على موجبه أولى.

فصل: وأما داود فاستدل على أن العود إعادة الظهار ثانية بعد أولى، بقول الله تعالى ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[2] فتجيء منه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العود إلى الشيء، هو فعل مثله. كما قال تعالى: ﴿ولو ردوا لعادوا لما

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

نهوا عنه﴾[١] يعني: إلى مثل ما نهوا عنه من الشرك، فاقتضى أن يكون عود الظهار إعادة مثله.

والثاني: قال لما قالوا فاقتضى أن يكون العود قولاً لا إمساكاً كما قلتم، ولا فعلاً كما قاله غيركم.

وأما الثالث: فإنه لو أراد العود إلى غير القول، لقال: ثم يعودون كما قال النبي ﷺ: «العائِدُ في هبته كالعَائِدِ في قَيْئه»[٢] فلما قال: ﴿لما قالوا﴾ دل على أنه إعادة القول، كما قال سبحانه ﴿الَّذِيْنَ نُهُوا عَنِ النَّجْوَى ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾[٣] يعني: من قول النجوى.

والدليل عليه: قوله تعالى ﴿يعودون لما قالوا﴾[٤] فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن حقيقة العود في الأفعال دون الأقوال، يقال: عاد يعود عوداً في الفعل، وأعاد يعيد إعادة في القول، فلو أراد إعادة القول لقال: «ثم يعيدون لما قالوا».

والثاني: أن إعادة القول محال، كإعادة أمس. لأنه لا يتهيأ اجتماع زمانين ولا بد فيه من إضمار. فداود يضمر مثل ما قالوا في التحريم بالقول، ونحن نضمر بعض ما قالوه من التحريم بالإمساك. وما قلناه من الإضمار أولى، لأن العود في الشيء هو الرجوع عنه دون المقام عليه، كما قال ﷺ: «العَائِدُ في هِبتِهِ كالعَائِدِ في قيئه»[٥].

والثالث: أن العود هو مفارقة الحال التي هو فيها إلى حال كان عليها، كما قال الله تعالى: ﴿وإن عدتم عدنا﴾[٦].

وكما قال الشاعر:

.... وإن عادَ للإحسانِ فالعودُ أحمدُ

والحال التي هو عليها: تحريم الظهار، والتي كان عليها: إباحة النكاح، فكان حمله على ما ذكرنا من إمساكها، على ما كان عليه من الإباحة أولى من حمله على ما هو عليه من إعادة التحريم.

ويدل عليه: أن النبي ﷺ أمر أوس بن الصامت وسلمة بن صخر بالكفارة عن

(١) سورة الأنعام، الآية: ٢٨.
(٢) سبق تخريجه في الصدقات.
(٣) سورة المجادلة، الآية: ٨.
(٤) سورة المجادلة، الآية: ٣.
(٥) سبق تخريجه في الزكاة، والصدقات.
(٦) سورة الإسراء، الآية: ٨.

ظهارهما ولم يسلهما عن إعادته، ولو كان عود القول شرطاً لسأل. ولأن كفارة الظهاز معلقة بلفظ وشرط، فاقتضى أن يكون الشرط يخالف اللفظ دون إعادته، كالإيلاء وسائر الأيمان. ولأن القول الذي تلزم به الأحكام لا يقتضي التكرار كالأيمان.

وأما الجواب عن قولهم: إن العود في الشيء هو فعل مثله، فمن وجهين:

أحدهما: ما ذكرنا من أن حقيقة العود الانتقال إلى ما كان عليه دون المقام على ما هو عليه.

والثاني: أن العود إلى مثل ما تقدم من الإباحة، دون ما هو عليه من التحريم.

وأما الجواب عن قولهم: إنه وصف العود بالقول دون الفعل، فمن وجهين:

أحدهما: أنه عود إلى القول بنقضه وإبطاله، لا بتصحيحه وإثباته، فكان ما ذكرنا أشبه.

والثاني: ما ذكره الأخفش: أن في الكلام تقديماً وتأخيراً. لأن قوله: «ثم يعودون». كلام تام، وقوله: «لما قالوا» عائد إلى تحرير الرقبة، ويكون تقدير الكلام: «ثم يعودون فتحرير رقبة لما قالوا».

وأما الجواب عن قولهم: إنه لو أراد العود إلى غير القول لقال: «ثم يعودون فيما قالوا» فمن وجهين:

أحدهما: أنه لو أراد العود إلى القول، لقال: «ثم يعودون لما قالوا» وسط بين الحقيقتين، فاقتضى أن يحمل العود على تعين الحال الجامعة بين الأمرين، كما قال الشاعر:

تلك المكارم لأقعبان من لبن شيباً بماء فعادا بعد أبوالا

والجواب الثاني: أن القول هاهنا عباره عن القول، كما قال الله تعالى: ﴿واعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِيْنُ﴾[1] أي: المتيقن، وكقولهم: الله رجائي وأملي، أي: مرجوي ومؤملي، والقول هو التحريم، فكان العود الرجوع عنه.

فصل: وأما مالك، فاستدل على أن العود هو العزم على الوطء بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يعودون لما قالوا﴾[2] و «ثم» موضوعة في اللغة للمهلة والتراخي، فأوجبت أن يكون بين

---

(١) سورة الحجر، الآية: ٩٩. (٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

الظهار والعود زمان ليس بعود، فكان جمل العود على العزم الذي بينه وبين الظهار مهلة، ولما روي أن خولة حين شكت إلى رسول الله ﷺ أن أوساً ظاهر منها وقد عزم على وطئها، فأوجب الكفارة عليه، فدل على أن العزم على الوطء هو العود. ولأنه بالظهار عازم على تحريم الوطء، فاقتضى أن يكون العود فيه العزم على فعل الوطء، لأن العود هو الرجوع عن الشيء إلى ضده.

والدليل عليه: قوله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾[1] والعود: إما أن يكون فعلاً عندنا، أو قولاً عند غيرنا، وليس العزم قولاً ولا فعلاً، فلم يجز أن يكون عوداً.

ولأن أوس بن الصامت ظاهر من زوجته خولة، فأمر النبي ﷺ بالكفارة، ولم يسله عن عزمه على الوطء، ولو كان العزم شرطاً لسأله.

فإن قيل: فقد روينا أن خولة أخبرته أنه عزم على وطئها، فعنه جوابان:

أحدهما: أن هذه الرواية ما أثبتها أحد من الرواة، ولا ما أفصحت به من الشكوى، ومضى هذا الذكر.

والثاني: أن الكفارة واجبة على أوس دونها، ولو كان وجوبها متعلقاً بالعزم لكان هو مسؤول عنها، ولما اكتفى بقولها دونه. ولأنه أمسكها زوجة بعد الظهار مدة يقدر فيها على الطلاق، فوجب أن تلزمه الكفارة، كالعازم على الوطء. ولأنها كفارة تجب بلفظ وشرط، فوجب أن يكون الشرط مخالفة ذلك اللفظ كالأيمان. ولأن العزم وحديث النفس معفو عنه لقول النبي ﷺ «عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدّثت به أنفسها»[2].

وأما الجواب عن قوله ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾[3] وأن ذلك وجب للتراخي والمهلة، فمن وجهين:

أحدهما: أن «ثم» قد تكون بمعنى الواو كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ اللَّهُ شهيد على ما يَفْعَلُونَ﴾[4] ﴿ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا﴾[5] ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ الَّذِيْنَ آمَنُوا﴾[6] لأنها من حروف الصفات، وهي تتعاقب.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سورة المجادلة، الآية: ٣.
(٤) سورة يونس، الآية: ٤٦.
(٥) سورة التوبة، الآية: ١١٨.
(٦) سورة البلد، الآية: ١٧.

والثاني: أننا نستعملها على الحقيقة في التراخي والمهلة، لأن عقد النكاح أباح الإمساك والوطء، والظهار حرمهما، فالعود هو الرجوع إلى إباحتها، فصار متراخياً عن الأول.

وأما الخبر، فقد مضى الجواب عنه.

وأما الجواب عن قوله: إنه بالظهار هو عازم على تحريم الوطء، وهو أنه بالظهار محرّم، وليس بعازم على التحريم.

فصل: وأما الحسن وطاوس والزهري، فاستدلوا على أن العود الوطء: بأن سلمة بن صخر وطيء بعد ظهاره، فأمره رسول الله ﷺ بالكفارة، فاقتضى أن يكون ذكر السبب شرطاً في وجوب التكفير، لما روي: «أن ماعزاً زنا فرجم[1] وسرق سارق، رداءَ صفوانَ فقُطع»[1]، ولأن الظهار والإيلاء تشابها في الجاهلية في كونهما طلاقاً. وفي الإسلام في إيجابهما الكفارة. ثم ثبت أن الكفارة في الإيلاء تجب بالوطء، فكذلك في الظهار. ولأنه بالظهار محرم لوطئها، فاقتضى أن يكون العود فيه مخالفته بوطئها.

والدليل عليه: قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[2] فأوجب الكفارة قبل المسيس، فلم يجز أن يكون وجوبها معلقاً بالمسيس. ولأن النبي ﷺ أمر أوساً بالكفارة قبل وطئه، ولا يجوز أن يأمره بالتزامها قبل وجوبها. ولأنه أمسكها زوجة بعد الظهار مدة يقصر فيها على الطلاق، فوجب أن تلزمه الكفارة كالوطء. ولأن ما ذكرناه في العود من كونه إمساكاً عن الطلاق أعم الأقوال، لأنه يقتضي وجوب الكفارة به، وبإعادة القول وبالعزم على الوطء، وبالوطء، فكان أولى كالعلل يكون الأعم منها أولى من الأخص.

وأما الجواب عن أمره سلمة بن صخر بالكفارة بعد وطئه، وهو: أن الوطء تالي للسبب المنقول وهو الظهار، فاحتمل أن يكون الحكم بالتكفير عائداً إليهما واحتمل أن يكون عائداً إلى الأول منهما. فلما أمر أوساً بالكفارة قبل وطئه دل على تعلق وجوبها بما تقدم وطأه من ظهاره وإمساكه.

وأما الجواب عن التشبيه بالإيلاء، فالنص الوارد فيهما يمنع من الجمع بينهما، لأنه

---

(١) سترد المسألة وتخريج الأحاديث في الحدود.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

مأمور بالكفارة في الظهار قبل الوطء، والإيلاء بعده، فلم يجز الجمع بينهما، لأنه مأمور بالكفارة في الظهار.

وأما الجواب عن قولهم، إن مخالفة التحريم تكون بالوطء وهو: ما قدمناه من أن المخالفة تكون بالإمساك.

فصل: وأما أبو حنيفة فاستدل على أن كفارة الظهار لا تجب في الذمة بقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾(١) فاعتبر في الأمر بها الإصابة، فاقتضى أن لا تجب قبلها، ثم قدمها على الإصابة، فاقتضى أن لا تجب بها. لأن الوجوب المتعلق بسبب لا يجوز أن يكون قبل وجود السبب، واقتضى أن لا تجب بعد الإصابة، لأنه أمر بالتكفير قبلها، فامتنع بهذا التنزيل أن يثبت في الذمة.

واستدل على إبطال ما ذكرنا من العود مع ما قدمناه من دلائل المخالفين لنا، بأن العود لو كان هو الإمساك عن طلاقها بعد الظهار، لوجب إذا ظاهر من الرجعية أن يصير عائداً إن أمسك عن طلاقها، وأن لا يكون مظاهراً لما قد تقدم من طلاقها.

قال: وأنتم تقولون: يكون مظاهراً ولا يكون عائداً، فبطل ثبوت ظهاره أن يكون الطلاق رافعاً، وبطل بإسقاط عوده أن يكون الإمساك عوداً.

قال: ولأن الإمساك بعد الظهار إستصحاب له، والمستصحب للشيء لا يكون مخالفاً له، والمخالف للشيء لا يكون عائداً إليه، فبطل أن يكون الإمساك عوداً.

قال: ولأن العود إلى الشيء لا يكون إلا بعد المفارقة له، والمحل لا يكون مفارقاً، فلم يصر عائداً.

والدليل عليه مع ما قدمناه من الدلائل على مخالفينا: قوله تعالى: ﴿**ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة**﴾(٢) فأوجب الكفارة بالظهار والعود، لأنه جعله شرطاً عقبه بالجزاء والجزاء، إذا علق بشرط اقتضى وجوبه عند وجود الشرط. ولأن النبي ﷺ أمر أوس بن الصامت بالكفارة قبل وطئه، وأمره على الوجوب، فدل على ثبوت الكفارة في الذمة قبل الوطء وبعده، وأن ليس الوطء شرطاً في الوجوب. ولأن الكفارة المتعلقة بسبب تقتضي

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

الوجوب عند وجود ذلك السبب اعتباراً بسائر الكفارات، ولأنه تكفير بعتق، فجاز أن يثبت في الذمة قياساً على الكفارة القتل.

فأما الجواب عن استدلاله بأن الله تعالى علق وجوب الكفارة بالإصابة، فهو: أنه علقها بالعود بعد الظهار ومنع الإصابة قبلها، فبطل ما فهمته فيه، وسقط الاستدلال بها.

وأما الجواب عما ذكره من ظهار الرجعية، فهو: أن العود عندنا هو الإمساك عن تحريمها بعد الظهار، والرجعية محرمة، فلم يصر بترك الطلاق عائداً، والظهار يقع عليهما إذا كانت في حكم الزوجية، والرجعية تجري عليها أحكام الزوجية، فوقع عليها الظهار. فلما اختلف عليه الظهار والعود، جاز أن يثبت في الرجعة حكم الظهار دون العود.

وأما الجواب عن قوله إن المستديم لا يكون مخالفاً، والمخالف لا يكون عائداً، فهو: أنه استدام إمساكها، والظهار يمنع منه فصار مخالفاً، والمخالف يجوز أن يسمى عائداً. قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ نَهَوا عَنِ النَّجْوَى ثم يَعُودُونَ لِمَا نَهُوا عَنْهُ﴾[١].

وأما الجواب عن العود يكون بعد المفارقة، فهو: أنه قد يكون العود قبل المفارقة، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ﴾[٢] وأنه عائد إلى ما قبل الظهار، فصار مفارقاً. ولولا ما قدمناه مع من تقدم، لكان الكلام مع أبي حنيفة أبسط وأطول.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَمْكَنَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَلَمْ يَفْعَلْ، لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ أَوْ مَاتَتْ)[٣].

قال الماوردي: إعلم أن الكفارة إذا وجبت عليه بالعود، وهو ما ذكرناه من إمساكها بعد الظهار مدة يقدر على تحريمها بعد بطلاق، لم تسقط عنه بعد الوجوب بما حدث بعد من طلاق أو لعان إجماعاً، ولا بما حدث من قوله أو قولها.

وقال مالك: إذا مات بعد العود الذي هو عنده العزم على الوطء، سقطت الكفارة عنه بعد وجوبها، استدلالاً بأن وجوب الكفارة بالعزم على الوطء الصدقة في مناجاة الرسول ﷺ بالعزم على مناجاته. ثم لو وجبت بالعزم سقطت بفوت المناجاة، فكذلك كفارة الظهار.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٨.
(٢) سورة يس، الآية: ٣٩.
(٣) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

وهذا خطأ، لأن ما وجب من الكفارات لم يسقط بغير أداء كسائر الكفارات. ولأنه لو فات الوطء بالتحريم لم تسقط به الكفارة، كذلك إذا فات بالموت. فأما صدقة المناجاة فمنسوخة الحكم، فلم يجز أن يجعل أصلاً لحكم ثابت. على أن صدقة المناجاة قد كان وجوبها بالعزم على المناجاة موقوفاً على فعل المناجاة، وجرى تقديمها مجرى تقديم الطهارة على الصلوات، وخالف عود الظهار لاستقرار الوجوب به. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، لم يخل حال الموت بعد الظهار من: أن يكون قبل زمان العود، أو بعده.

فإن كان بعد زمان العود، لم تسقط به الكفارة على ما قدمنا، وإن كان قبل زمان العود، وهو أن يموت عقيب ظهاره قبل أن يمضي عليه زمان طلاقها، أو تموت الزوجة، فلا كفارة عليه لأنه ما أمسكها بعد الظهار، ولا قدر على طلاقها بالموت.

فصل: وأما إذا تعقب الظهار ردة، فإن كانت قبل الدخول وقعت بها الفرقة، سواء كانت من جهته أو من جهتها، وقامت مقام الطلاق البائن في إسقاط العود. وإن كانت بعد الدخول، قامت مقام الطلاق الثاني الرجعي في سقوط العود، وكان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة. فإن عاد المرتد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، كان على النكاح وصار عائداً، وفيما يصير به عائداً وجهان:

أحدهما: يصير بالإسلام عائداً.

والثاني: أن يمضي بعد الإسلام زمان العود.

وإن أسلم المرتد بعد انقضاء العدة، بطل النكاح. فإن استأنف نكاحه، ففي عود الظهار قولان على ما مضى، ثم بماذا يصير عائداً؟ وجهان. والله أعلم.

فصل: ولو تعقب الظهار جنون أو إغماء لم يقدر الزوج فيه على الطلاق، صار عائداً لأن الجنون لا يحرم، بخلاف الردة، والقصد في العود غير معتبر، فلم يؤثر فيه الجنون.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَعْنَى قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ وَقْتٌ لأَنْ يُؤَدِّيَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ قَبْلَ المُمَاسَّةِ حَتَّى يُكَفِّرَ وَكَانَ هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ عُقُوبَةً مُكَفِّرَةً لِقَوْلِ الزُّورِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

قال الماوردي: وأما تحريم وطئها قبل التكفير، فمأخوذ من النص قال الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[1] فجعل الوطء غاية لوقت التكفير، ولم يجعله موجباً للكفارة.

وقال الشافعي: فكان هذا عقوبة مكفرة لقول الزور، لأنه قد أثم به فكفر عن مأثمه. فلو أنه وطىء قبل الكفارة كان عاصياً بوطئه كمعصيته بالوطء في إحرام أو حيض، ولا تسقط الكفارة عنه ولا تتضاعف عليه.

قال عمرو بن العاص ومنتصر بن دوست ومجاهد: تتضاعف عليه فتلزمه كفارات. وقال سعيد بن جبير، والزهري: تسقط الكفارة.

وكلا القولين مخالف للنص والقياس، لأن رسول الله ﷺ أمر سلمة بن صخر البياضي وقد وطىء في ظهاره قبل التكفير أن يكفر كفارة واحدة، فلم يسقطها ولم يضعفها، فكان نصاً يبطل به القولين. ولأن الكفارة عبادة مؤقتة كالصلاة والصيام، فلم يكن فوات وقتها مبطلاً لها ولا موجباً لمضاعفتها، كالصلاة والصيام. والله أعلم.

فصل: فأما تعجيل كفارة الظهار قبل وجوبها، فإن كان مكفراً بالصوم لم يجز، لأن عبادات الأبدان لا يجوز تقديمها قبل الوجوب، وإن كفر بالعتق أو الإطعام. فإن كان قبل الظهار والعود، لم يجزه لأن حقوق الأموال إذا تعلق وجوبها بشرطين لم يجز تقديمها قبل وجود أحدهما، وإن كان بعد الظهار وقبل العود. وذلك بأن يطلقها عقيب ظهاره، ثم يكفر قبل مراجعتها ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز تعجيلها لوجود أحد شروطها، كتعجيل الزكاة بعد النصاب وقبل الحول وكتعجيل الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث.

والوجه الثاني: لا يجوز تعجيلها مع وجود أحد الشرطين، لأن الثاني منهما محظور، فصار بالتعجيل متهيأ لارتكاب المحظور. وهكذا القول في تعجيل الكفارة باليمين قبل الحنث إذا كان الحنث معصية.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِذَا مُنِعَ الجِمَاعُ أَحْبَبْتُ أَنْ يُمْنَعَ القُبَل

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

وَالتَّلَذُّذَ احْتِيَاطاً حَتَّى يُكَفِّرَ، فَإِنْ مَسَّ لَمْ تَبْطُلِ الكَفَارَةُ كَمَا يُقَالُ لَهُ: أَدِّ الصَّلَاةَ فِي وَقْتِ كَذَا، وَقَبْلَ وَقْتِ كَذَا، فَيَذْهَبُ الوَقْتُ فَيُؤَدِّيهَا بَعْدَ الوَقْتِ لأَنَّهَا فَرْضُهُ)(١).

قال الماوردي: أما وطء المظاهر قبل التكفير، فقد ذكرنا تحريمه بالنص والإجماع، وأما ما سواه من الاستمتاع كالقبلة والملامسة والتلذذ بما دون الفرج، ففي تحريمه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه ها هنا، وفي كتاب الأم: إن اجتنابه احتياط، وفعله غير محرم، لأنه قال: «أحببت أن يمنع القبلة والتلذذ احتياطاً».

ووجهه قول الله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾(٢) والمس في عرف الشرع عبارة عن الوطء كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾(٣) ولأن تحريم الوطء في الحيض والصوم لا يوجب تحريم التلذذ بما سواه، كذلك في الظهار لبقاء النفعية واستباحة الدواعي من الطيب وغيره، وهذا قول أبي حنيفة.

والقول الثاني: وهو ظاهر كلامه في القديم: إنه يحرم عليه التلذذ بما دون الفرج، كما يحرم عليه الوطء في الفرج، لأنه قال في القديم: «رأيت أن يمنع القبل والتلذذ» وكان ظاهر هذا الكلام يوجب التحريم، ووجهه قول الله تعالى: ﴿مِنَ قبل أَنْ يَتَمَاسَّا﴾(٤) وحقيقة المس: التقاء البشرتين، ولأنه بالظهار قد جعل تحريمها عليه كتحريم أمه، وكل الاستمتاع بأمه حرام، وكذلك في الظهار. ولأنها مباشرة، فوجب أن تحرم على المظاهر كالوطء. ولأنه لفظ يوقع تحريمها في الزوجة، فوجب أن يمنع من الوطء وتوابعه، كالإحرام والطلاق الرجعي. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَصَابَهَا وَقَدْ كَفَّرَ بِالصَّوْمِ فِي لَيْلِ الصَّوْمِ، لَمْ يَنْتَقِضْ صَوْمُهُ وَمَضَى عَلَى الْكَفَّارَةِ. وَلَوْ كَانَ صَوْمُهُ يَنْتَقِضُ بِالجِمَاعِ، لَمْ تُجْزِئْهُ الكَفَّارَةُ بَعْدَ الجِمَاعِ)(٥).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كفر المظاهر بالصيام لزمه صوم شهرين متتابعين قبل الوطء كالعتق، وهو نص. قال الله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾(٦) فإن وطىء في نهار الصوم عامداً بطل صومه وتتابعه، واستأنف صوم شهرين

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤.
(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.
(٤) سورة المجادلة، الآية: ٣.
(٥) مختصر المزني: ص ٢٠٤.
(٦) سورة المجادلة، الآية: ٤.

متتابعين بعد وطئه. وإن وطىء في نهار الصوم ناسياً، لم يبطل صومه ولا تتابعه. وإن وطىء في ليل الصوم ناسياً أو عامداً لم يبطل الصوم ولا التتابع، وبه قال أبو يوسف.

وقال أبو حنيفة، ومالك، ومحمد بن الحسن: يبطل تتابع الصوم في الوطء في الليل، ويبطل بوطئه ناسياً في النهار، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[1] ومنها دليلان:

أحدهما: أنه نهى عن الوطء فيه وقبله، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

والثاني: أنه أمر بصيام شهرين ليس قبلهما مسيس، ويمكنه أن يأتي بصوم شهرين ليس فيهما مسيس، فوجب أن يلزمه العدول إلى ما أمكنه، وإن سقط عنه ما لم يمكنه. لأن العجز عن أحد الأمرين، لا يوجب سقوطهما معاً.

قالوا: ولأنه وطء في شهري صيام الظهار، فوجب أن يبطل التتابع كالوطء عمداً بالنهار.

قالوا: ولأنه تحريم وطء لا يختص بزمان، فاستوى حكمه بالليل والنهار كالاعتكاف.

ودليلنا: قول الله تعالى ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[2] فاقتضى الظاهر أن يأتي بصيام شهرين ليس قبلهما ولا فيهما مسيس، وهو ليس يقدر على ذلك بعد وطئه، فكان البناء أقرب إلى الظاهر من الاستئناف. لأن صوم شهرين أحدهما قبل المسيس، والآخر بعده، أقرب إلى الواجب من صوم شهرين هما جميعاً بعد المسيس، فكان استدلال الشافعي بها من هذا الوجه لا من جهة النص، فيتوجه احتجاج الكرخي في الاستدلال بها. ولأنه وطء لم يبطل به الصوم، فلم يبطل به التتابع، كوطء غير المظاهر منها، وكالوطء في ليل صيام كفارة القتل.

فإن قيل: فوطء المظاهر محرم ليلاً ونهاراً، فجاز أن يبطل به التتابع بالليل، كما يبطل به في النهار كتحريمه فيهما، وليس كذلك الوطء في ليل الصوم في كفارة القتل لأنه غير محرم، ولا وطء غير المظاهر منها لأنه ليس بمحرم، فكان التحريم علة في إبطال التتابع، فلم يصح القياس.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٤.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٤.

قيل: ما لم يبطل التتابع بمباحه لم يبطل بمحظوره كالزنا، وما أبطل التتابع بمحظوره بطل بمباحه كالأكل في نهار الصوم لشدة المجاعة خوفاً من التلف، يبطل صومه وتتابعه. وإن فعل مباحاً، كما لو أكل من غير خوف وفعل محظور، وإذا بطل تعليله بالحظر والإباحة كان تعليل التتابع بصحة الصوم وفساده أولى، فصح القياس على كل واحد من الأصلين.

وقياس ثان: هو أنه وطء في أثناء تكفير، فجاز أن لا يبطل به التكفير كالإطعام.

وقياس ثالث: وهو أن الإتيان بما يضاد الصوم إذا وقع ليلاً، لم يؤثر في حكم الصوم كالأكل.

واستدلال رابع: وهو أن هذا الصوم مشروط بشرطي التتابع، وأن يكون قبل المسيس. فالتتابع صفة في المؤدى، وقبل المسيس صفة في الأداء، كالصلاة علقت بشرطين: الوقت، والترتيب. وإن ثبت الفعل ثم كان عدم الوقت أو بعضه لا يسقط حكم الترتيب، كذا الصوم هاهنا.

فأما الجواب عن استدلالهم من الآية بأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، فهو: أن المنهى عنه هو الوطء، وهو فاسد حرام.

وأما الجواب عن استدلالهم منها بأنه يقدر على صوم شهرين ليس بينهما مسيس، فهو: أن ما ذكرناه أولى، لأنه في البناء يأتي بأحد الشهرين قبل المعصية، وبالثاني قضاء بعد المعصية.

وأما الجواب عن قياسهم على وطء النهار، فالمعنى فيه: أن الوطء لما أبطل الصوم أبطل التتابع، ووطء الليل لما لم يبطل الصوم لم يبطل التتابع.

وأما الجواب عن قياسهم على الاعتكاف، فالمعنى فيه: أن وطء الليل صادق زمان العبادة، فأشبه وطء النهار. وليس كذلك في الصوم، لأن وطء الليل لم يصادف زمان العبادة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ تَظَاهَرَ وَأَتْبَعَ الظِّهَارُ طَلَاقاً تَحِلُّ فِيْهِ قَبْلَ زَوْجٍ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ أَوْ لاَ يَمْلِكُهَا، ثُمَّ رَاجَعَهَا، فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ. وَلَوْ طَلَّقَهَا سَاعَةَ نَكَحَهَا، لأَنَّ مُرَاجَعَتَهُ إِيَّاهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ أَكْثَرُ مِنْ حَبْسِهَا بَعْدَ الظِّهَارِ. قال المزني. الفصل)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤. وتتمة الفصل: «هذا خلاف أصله، كل نكاح جديد لم يعمل فيه طلاق ولا =

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن المظاهر إذا طلق عقيب ظهاره لم يكن عائداً ولا كفارة عليه، لأن العود بما ذكرناه من إمساكها بعد الظهار مدة يمكنه فيها الطلاق، وهو بالطلاق غير ممسك سواء كان رجعياً أو بائناً، لأنها تحرم عليه بالطلاقين معاً، فلا تجب عليه الكفارة.

وإذا كان ذلك كذلك، فإن كان الطلاق رجعياً فراجعها في العدة فالظهار بحاله، ويصير عائداً فيه تجب الكفارة عليه، وبماذا يصير عائداً؟ فيه قولان:

أحدهما: قاله هاهنا وفي كتاب الأم: يكون عائداً بنفس الرجعة، وإن اتبع الرجعة طلاقاً لم تسقط الكفارة، لأنه لما صار بإمساكه عن الطلاق عائداً، فأولى أن يصير بالرجعة المنافية للطلاق عائداً.

والقول الثاني: نص عليه في الإملاء: إنه لا يكون عائداً بالرجعة حتى يمضي بعدها زمان العود بالإمساك عن الطلاق مدة يقدر فيها على الطلاق. فإن اتبع الرجعة طلاقاً، لم يكن عائداً، وإنما كان كذلك لأن الرجعة تراد للرد إلى الزوجية، والعود هو إمساكها على الزوجية، وذلك لا يكون إلا بعد الرجعة. والله أعلم.

فصل: وإن كان الطلاق بائناً أو رجعياً، فلم يراجع حتى انقضت العدة، سقط الظهار في هذا النكاح. فإن نكحها بعقد مستجد، كان عود الظهار فيه معتبراً بالطلاق الذي تقدمه. فإن كان ثلاثاً، فعلى قوله في الجديد كله وأحد قوليه في القديم: إن الظهار لا يعود.

والقول الثاني: في القديم: إن الظهار يعود، وإن كان دون الثلاث. فعلى قوله في القديم كله وأحد قوليه في الجديد: إن الظهار يعود، وعلى القول الثاني في الجديد: إن الظهار لا يعود وإن قلنا: إن الظهار لا يعود لم تلزمه كفارة، وإن قلنا: بعود الظهار، فبماذا يصير عائداً؟ فيه وجهان تخرجا من القولين:

أحدهما: يصير عائداً بعقد النكاح، فإن اتبع النكاح طلاقاً لم تسقط الكفارة.

= ظهار إلا جديد، وقد قال في هذا الكتاب: لو تظاهر منها ثم اتبعها طلاقاً لا يملك الرجعة ثم نكحها، لم يكن عليه كفارة لأن هذا ملك غير الأول الذي كان فيه الظهار. ولو جاز أن يظاهر منها فيعود عليه الظهار إذا نكحها، جاز ذلك بعد ثلاث وزوج غيره وهكذا الإيلاء. قال المزني رحمه الله: هذا أشبه بأصله، وأولى بقوله، والقياس: أن كل حكم كان في ملك، فإذا زال ذلك ما فيه من الحكم، فلما زال ذلك النكاح زال ما فيه من الظهار والإيلاء».

والوجه الثاني: يصير عائداً بمضي زمان العود بعد النكاح، وإن اتبع النكاح طلاقاً لم تجب الكفارة.

فأما المزني فإنه اختار أن لا يعود الظهار في النكاح الثاني، وهو أحد القولين، وتكلم عليه وقد مضى الكلام معه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قال: وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ لَاعَنْهَا مَكَانَهُ بِلَا فَصْلٍ، سَقَطَ الظِّهَارُ. وَلَوْ كَانَ حَبَسَهَا قَدْرَ مَا يُمْكِنُهُ اللِّعَانُ، فَلَمْ يُلَاعِنْ، كَانَتْ عَلَيْهِ الكَفَّارَةَ)[١].

قال الماوردي: أما إذا لاعن المظاهر بعد أن مضى عليه زمان العود، فقد وجبت عليه الكفارة، ولا تسقط عنه باللعان، كما لا تسقط عنه بالموت. وإن شرع في اللعان قبل مضي زمان العود، فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قد قذف بالزنا ودخل في اللعان، فأتى بالشهادات وبقيت اللعنة الخامسة، فقال لها: أنت علي كظهر أمي، ثم عقبها باللعنة الخامسة الموجبة للتحريم، فلا يكون عائداً لأن تحريم الخامسة الموجبة للتحريم أغلظ من تحريمها بالطلاق الثلاث، لأنها توجب التحريم المؤبد.

والقسم الثاني: أن يكون قد قذفها بالزنا ثم ظاهر منها، ثم عقبه باللعان، فأخذ في الشهادات الأربع ثم باللعنة الخامسة، ففي عوده وجهان:

أحدهما: أنه يكون عائداً فتلزمه الكفارة، لأنها لا تحرم عليه إلا باللعنة الخامسة، والشهادات الأربع لا تحرم، فكان أخذه فيها شروعاً في غير التحريم، فلذلك صار عائداً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأكثر أصحابنا: إنه لا يكون عائداً، فلا تجب عليه الكفارة لأن تحريم اللعان لا يقع باللعنة الخامسة إلا بعد الشهادات الأربع، فصار أخذه فيها شروعاً في التحريم. ولأنه بأخذه في الشهادات الأربع كالمطول شروعه في التحريم، وهذا لا يمنع سقوط العود، كمن قال لها بعد العود: أنت يا فلانة بنت فلان بن فلان الفلاني طالق، فأطال ذكر الإسم بالنسب، كان كمن اقتصر فقال: أنت طالق في سقوط العود كذلك هذا.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

والقسم الثالث: أن يقدم الظهار ثم يعقبه بالقذف، ثم يعقبه بالتوجه إلى الحاكم والشروع في اللعان، فالمذهب، أنه يكون عائداً يجب عليه الكفارة، لأن قذفها بالزنا ليس من ألفاظ التحريم ولا من جملة اللعان، فصار عائداً.

وقال بعض أصحابنا: لا يكون عائداً ولا تجب عليه الكفارة تعليلاً بأن اللعان لا يصح إلا بقذف، فصار القذف من أسباب اللعان، وكذلك التوجه إلى الحاكم في المطالبة باللعان. وزعم أنه وجد للمزني في جامعه الكبير عن الشافعي رحمه الله أنه قال: وسواء تقدم الظهار القذف أو تقدم القذف الظهار.

وقد أنكر أبو إسحاق المروزي أن يكون ذلك في الجامع الكبير، فإن كان في بعض النسخ فيجوز أن يكون سواء بين من يقدِّم الظهار على القذف، وبين من يقدِّم القذف على الظهار في ثبوت العود، لا في سقوطه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: وقال ـ يعني الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيْفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى: لَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا يَوْماً فَلَمْ يُصِبْهَا حَتَّى انْقَضَى، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ، كَمَا لَوْ آلَى فَسَقَطَتْ اليَمِينُ سَقَطَ عَنْهُ حُكْمُ اليَمِين. قال المزني: أَصْلُ قَوْلِهِ: إِنَّ المتَظَاهِرَ إِذَا حَبَسَ امْرَأَتَهُ مُدَّةً يُمْكِنُهُ الطَّلَاقُ فَلَمْ يُطَلِّقْهَا فِيهَا، فَقَدْ عَادَ وَوَجَبَتْ عَلَيْهِ الكَفَّارَةُ. الفصل)[1]..

قال الماوردي: إعلم أن الظهار ضربان: مطلق، ومقيد.

فالمطلق: أن يقول: أنتِ علي كظهر أمي، ولا يقدر ذلك بمدة، والعود فيه بما ذكرنا من إمساكها بعد الظهار مدة يقدر فيها على الطلاق.

فأما المقيد: فهو أن يقول: أنتِ عليَّ كظهر أمي يوماً، أو شهراً، أو سنة. ولا يطلقه على التأبيد، ففي كونه مظاهراً قولان:

أحدهما: لا يكون مظاهراً. وبه قال مالك رحمه الله، لأن تحريم الظهار يقتضي التأبيد كالأم، فإذا قدره بمدة يخرج بالتقدير من حكم الظهار وصار كمن شبه امرأته بمن حرمت عليه في مدة، ولا يكون مظاهراً جمعاً بين توقيت المدة المشبه بها. فعلى هذا، لا يراعي فيه العود لسقوط الظهار.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤. وتتمة الفصل: «وقد حبسها هذا بعد التظاهر يوماً يمكنه الطلاق فيه، فتركه فعاد إلى استحلال ما حرّم، فالكفارة لازمة له في معنى قوله، وكذا قال: لو مات أو ماتت بعد الظهار وأمكن الطلاق فلم يطلِّقْ فعليه الكفارة».

فأما الكفارة، فإن لم يطأ حتى مضت المدة فلا كفارة عليه، وإن وطىء في المدة ففي وجوب الكفارة وجهان:

أحدهما: عليه كفارة يمين على ظاهر ما قاله في هذا الموضع، ويصير بخروجه من الظهار محرماً لها بغير ظهار، فلزمته الكفارة كالإيلاء.

والوجه الثاني: وهو أصح. لا كفارة عليه، لأن لفظ التحريم موجب للكفارة في الحال من غير أن يتعلق بالوطء والإيلاء يمين، وهذا غير حالف. ويكون قول الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: عليه الكفارة، محمولاً على أنه جمع بين الإيلاء وهذا الظهار، فعاد جوابه إلى الإيلاء دون الظهار، وهذا قول أبي الطيب بن سلمة.

فصل: والقول الثاني: أنه يكون مظاهراً بالمؤقت، كما يكون مظاهراً بالمطلق المؤبد. وهذا أصح القولين، لأن الظهار كالطلاق. ثم ثبت أنه لو قال لها: أنت طالق شهراً، صار طلاقه مؤبداً. كذلك إذا ظاهر منها شهراً، صار مؤبداً، فيستوي تقدير المدة وتأبيدها في الظهار، كما يستوي في الطلاق، فيفرق تقدير التحريم وتأبيده في المشبه بها في الظهار.

والفرق بينهما: أن الوقت إذا دخل في الظهار وقد قابله التأبيد في المشبه بها، فصار مظاهراً لتحقيقه التشبيه. وإذا دخل الوقت في المشبه بها، لم يصر مظاهراً، لأنه لا حقيقة لتحريم التشبيه. فعلى هذا، يصير عائداً بأن يطأ في المدة، فإن لم يطأ حتى انقضت المدة فليس بعائد، ولا كفارة عليه على ظاهر ما نص عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى. فيكون الفرق بين الظهار المطلق، والمقيد: في العود، فيكون العود في الظهار المطلق إمساكها من غير طلاق، والظهار المقيد وطئها في مدة الظهار.

والفرق بين العودين فيهما: أن للمقيد غاية، فجاز أن يكون الإمساك توقعاً لانقضائها، فلذلك لم يصر عوداً. وليس للمطلق، فكان الإمساك منافياً لها، ولذلك صار عوداً.

والوجه الثاني: وهو قول المزني واختيار أكثر أصحابنا: أن يكون عائداً فيه بالإمساك كعوده في الظهار المطلق، لأن ما أوجب الكفارة لم يختلف صفتها بالتقييد والإطلاق كسائر الكفارات.

وأجاب قائل هذا الوجه عما ذكره الشافعي في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: أنه أراد عقد الظهار بالوطء في مدة مقدرة، كأنه قال: إن وطئتك في هذا اليوم فأنت علي كظهر

أمي، فإن لم يطأها فيه لم يصر مظاهراً، فلم تلزمه كفارة، وإن وطئها صار مظاهراً، ولزمته الكفارة إذا مضى عليه زمان العود. وإن لم يطأ حتى مضى، لم يصر مظاهراً، فلم تلزمه الكفارة، وإنما حمل ظاهر كلام الشافعي رحمه الله على هذا الإضمار لما ذكره المزني في علة العود. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ تَظَاهَرَ وَآلَى قِيلَ: إِنْ وُطِئَتْ قَبْلَ الكَفَّارَةِ خَرَجَتْ مِنَ الإِيْلَاءِ وَأَثِمَتْ، وَإِنْ انْقَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَقَفْتْ، فَإِنْ قُلْتَ: أَنَا أَعْتِقُ أَوْ أُطْعِمُ، لَمْ نُمْهِلْكَ أَكْثَرَ مِمَّا يُمْكِنُكَ اليَوْمَ، وَمَا أَشْبَهَهُ. وَإِنْ قُلْتَ: أَصُومُ قِيلَ: إِنَّمَا أُمِرْتَ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ بِأَنْ تَفِيءَ أَوْ تُطَلِّقَ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ لَكَ سَنَةً)**[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا جمع بين الظهار والإيلاء ثبت حكمهما، فإن قدَّم الظهار وعاد فيه ثم آلى، صار بعد الظهار مولياً، ولا يمنع تحريم الظهار من ثبوت الإيلاء لأنها بعد الظهار زوجته، وإن حرمت عليه، وتكون مدة الإيلاء من وقت يمينه، وإن كانت محرمة عليه بالظهار، لأن تحريمها سبب من جهته، فصار كتحريمها بإحرامه.

وإن قدم الإيلاء ثم عقبه الظهار، ثبت ظهاره، وصار عائداً فيه. ولا يمنع عقد اليمين في الإيلاء من ثبوت الظهار بعدُ، لأنها بعد الإيلاء زوجته كهي قبله، ويكون زمان الظهار محسوباً عليه في مدة التربص كما ذكرنا. فإن كفر عن ظهاره في مدة التربص بعتق، أو إطعام، أو صوم شهرين، أجزأه وسقط بالتكفير حكم الظهار، وصار بعد مدة التربص كمولٍ غير مظاهر. وإن لم يكفر عن الظهار حتى انقضت مدة التربص، فقد اجتمع عليه أمران متنافيان:

أحدهما: موجب للوطء قبل أن يكفر، وهو الإيلاء.

والثاني: مانع من الوطء حتى يكفر، وهو الظهار، فإن سأل أن يمهل في الإيلاء حتى يكفر عن الظهار، نظر: فإن كان ممن يكفر بالعتق أو الإطعام، أمهل مدة يقدر فيها على العتق والإطعام كاليوم ونحوه، لأن زمانه قريب يجوز الإنظار لمثله. فإن كان ممن يكفر بالصيام، لم يمهل لأنه صوم شهرين إذا ضما إلى أربعة التربص، صارت المدة ستة أشهر، فمنع منه لمخالفة النص، وطولب بحكم الإيلاء، فإن طلق فيه، خرج بالطلاق عن حق

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

الإيلاء، وكان على ظهاره. وإن أراد الوطء فيه أفتيناه بأن الظهار قد حرَّم عليه الوطء قبل التكفير عنه، وهل يجب على المرأة منع نفسها منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجب عليها منع نفسها منه، وعليها تمكينه من نفسها إذا دعاها، لأنه تحريم يختص به دونها. فعلى هذا إن مكنته، سقط حقها، فكان الإثم عليه دونها. وإن منعته، سقطت مطالبتها كما لو منعته من غير ظهار.

والوجه الثاني: يجب عليها منع نفسها منه، ويحرم عليها تمكينه إذا دعاها، لأن التحريم وإن كان من جهته، فهو عائد عليها ويختص بها كالرجعة، فصار التحريم متوجهاً إليها.

فعلى هذا لا يسقط حقها من المطالبة، بخلاف الرجعية، لأن الرجعية جارية في فسخ، وهذه بالظهار غير جارية في فسخ، فهل يتحتم بتحريم الوطء عليه طلاقها ويتعين؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يتعين عليه الطلاق ويتحتم، لأنه إذا كان مخيراً بين شيئين فعجز عن أحدهما تعين عليه الآخر كالكفارات. فعلى هذا، إن طلَّق طوعاً، وإلا طلَّق الحاكم عليه جبراً قولاً واحداً.

والوجه الثاني: لا يتعين عليه الطلاق، لأن عجزه عن الوطء بالتحريم كعجزه عنه بالمرض. ثم لا يتعين عليه الطلاق في المرض، كذلك لا يتعين عليه مع الظهار. فعلى هذا، يكون مخيراً بين: الطلاق، وبين أن يفيء بالإيلاء غير معذور، ثم يؤخذ بالتكفير عن ظهاره، ولا يمهل فيه مع المهلة منه. فإذا كفر، زال عذره ولزمه أن يفيء بالإصابة فيء معذور كالمريض إذا صح. والله أعلم.

باب

عتق المؤمنة في الظهار من كتابين قديم وجديد(١)

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الظِّهَارِ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ قال: فَإِذَا كَانَ وَاجِداً لَهَا أَوْ لِثَمَنِهَا، لَمْ يُجْزِئْهُ غَيْرُهَا)(٢).

قال الماوردي: الكفارة في الظهار ذات أبدال مرتبة، وهي عتق لمن قدر عليها، فإن عجز عنها فصيام شهرين متتابعين لمن استطاع، فإن عجز عنه أطعم ستين مسكيناً وهو نص القرآن.

قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ إلى قوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾(٣).

فإذا ثبت ترتيب البدل، لم يكن العدول إليه إلا بعد عدم المُبْدَل. فمتى كان واجداً للرقبة أعتق ولم يصم. وإن كان عادماً لها واجداً لثمنها، كان كالواجد لها في المنع من الصوم لأمرين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾(٤) والقادر على الثمن منسوب إلى الوجود كما قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾(٥)، فكان الواجد لثمن الماء في حكم الواجد للماء.

والثاني: أن حقوق الأموال إذا تعلقت بالذمم، كان الواجد لأثمانها في حكم الواجد لها في استحقاق فرضها، كما قال تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ

---

(١) في المختصر: باب ما يجزىء من الرقاب وما لا يجزىء، وما يجزىء من الصوم وما لا يجزىء.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

(٣) سورة المجادلة، الآيتان: ٣ و٤.

(٤) سورة المجادلة، الآية: ٤.

(٥) سورة النساء، الآية: ٤٣.

الْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾[(١)]، فكان الواجد لثمن الهدي في حكم الواجد للهدي، في أن لا يجوز له الانتقال إلى الصوم. وكما تقول: إن الواجد لصداق الحرة في حكم من تحته حرة في أن لا يجوز له نكاح الأمة.

فإن قيل: فإن وجب عليه في الزكاة ابنة مخاض وهو واجد لثمنها، جاز له الانتقال إلى ابن لبون، ولم يكن الواجد لثمنها كالواجد لها.

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: من طريق النص وهو: أن النبي ﷺ قال: «فإنْ لَمْ تَكُنْ ابنةُ مَخَاضٍ فابنُ لَبُونٍ ذكر» فراعى وجود ابنة المخاض في المال، فإذا لم تكن فيه وُجِد شرط البدل فجاز العدول إليه.

قال الله تعالى في عتق الظهار: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[(٢)] فلم يراع مالاً دون مال، فسوينا بين العين والثمن.

والثاني: من طريق المعنى وهو: أن زكاة المال في العين، فراعينا وجود العين دون الثمن، والكفارة في الذمة فسوينا بين وجود العين والثمن.

فصل: فإذا تقرر أن وجود الثمن كوجود الرقبة في المنع من الصوم، فكان ما يملكه من الثمن غائباً عنه، لم يكن له الصوم، وانتظر بالعتق قدوم ماله، ولو كان ما يملكه المتمتع من ثمن دم الهدي غائباً عنه، جاز له الصوم. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن محل هدي المتمتع معين، فروعي وجوده قبله في ملكه.

والثاني: أن زمان الصوم في التمتع معين، فروعي وجود الهدي قبله، وزمان الصوم في الظهار غير معين، فروعي وجود الرقبة على الإطلاق.

فلو وجد المظاهر الثمن ولم يجد الرقبة، انتظر وجودها ولم يصم. ولو وجد المتمتع الثمن ولم يجد الهدي، فيه وجهان:

أحدهما: ينتظر القدرة على ابتياعها، ولا يصوم كالمتظاهر.

والوجه الثاني: يعدل إلى الصوم ولا ينتظر، بخلاف المتظاهر.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٤.

والفرق بينهما: ما ذكرناه من تعيين زمان الصوم فيه، وعدم تعيينه في الظهار. فلو لم يجد المتظاهر الرقبة إلا بأكثر من ثمنها، لم يلزمه الشراء، ولم يجز له الصوم. ولو لم يجد المتمتع الهدي إلا بأكثر من ثمنه، لم يلزمه الشراء، وفي إجزاء الصوم وجهان على ما ذكرنا والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَشَرَطَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي رَقَبَةِ القَتْلِ مُؤْمِنَةً، كَمَا شَرَطَ العَدْلَ فِي الشَّهَادَةِ، وَأَطْلَقَ الشُّهُود فِي مَوَاضِعَ، فَاسْتَدْلَلْنَا عَلَى أَنَّ مَا أُطْلِقَ عَلَى مَعْنَى مَا شَرَطَ، وَإِنَّمَا رَدَّ اللَّهُ تَعَالَى أَمْوَالَ المُسْلِمِيْنَ عَلَى المُسْلِمِينَ لاَ عَلَى المُشْرِكيْنَ، وَفَرَضَ اللَّهُ تَعَالَى الصَّدَقَاتِ، فَلَمْ تَجُزْ إِلاَّ لِلْمُؤْمِنِيْنَ، فَكَذَلِكَ مَا فَرَضَ اللَّهُ مِنَ الرِّقَابِ فَلاَ يَجُوزُ إِلاَّ مِنَ المُؤْمِنِيْنَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا يجوز أن يعتق في كفارة الظهار إلا رقبة مؤمنة، وكذلك في كل عتق في كل كفارة، حتى قال الشافعي رحمه الله في عتق النذر المطلق: أنه لا يجوز إلا مؤمنة، وبمذهبه في الكفارات قال مالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: تجوز في عتق الظهار وسائر الكفارات سوى القتل عتق الكافرة الكتابية، سوى الوثنية. وهو قول: سفيان الثوري، والنخعي، وعطاء، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾[2] فكان الاستدلال بها من وجهين:

أحدهما: إطلاقها المقتضي ما وقع عليه الاسم من غير تخصيص.

والثاني: أن اشتراط الإيمان زيادة على النص، والزيادة على النص تكون نسخ، ونسخ القرآن لا يكون إلا بالقرآن أو بأخبار التواتر.

ومن طريق المعنى أنهم قالوا: إنها رقبة تامة في عتقها قربة، فوجب أن تجري في كل كفارة الظهار كالمؤمنة، فاحترزوا في قولهم: تامة، من ذوات النقض ويقولهم: في عتقها قربة، من الوثنية. لأنه لا قربة في عتقها.

قالوا: ولأن الكفر معنى يجب به القتل، فوجب ألا يمنع من العتق في كفارة الظهار، كعتق العبد القاتل.

قالوا: ولأن الكفر معصية في الدين، فلم يمنع من أنها جزاء في كفارة الظهار كالمعتق.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

ودليلنا: قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة﴾[1] فاستدل الشافعي فيها بأن لسان العرب وعرف خطابهم يقتضي حمل المطلق على المقيد إذا كان من جنسه، فحمل عرف الشرع على مقتضى لسانهم. وقد قيد الله تعالى كفارة القتل بالأيمان، والمطلق كفارة الظهار، فوجب أن يحمل مطلقها على ما قيد من كفارة القتل، كما قيد الشهادة بالعدالة كقوله: ﴿وأَشْهِدُوا ذَوِيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[2] وأطلقها في قوله: ﴿واستَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾[3] فحمل منه المطلق على المقيد في اشتراط العدالة، كذلك الكفارة.

فذهب أكثر أصحاب الشافعي إلى موافقته في حمل المطلق على المقيد بعرف اللسان، إذا جمع شرطين:

أحدهما: أن يكون الحكم في الموضعين واحداً، وإن كان مختلفاً لم يحمل.

والثاني: أن لا يكون للمطلق إلا أصل واحد، فإن كان من أصلين مختلفين لم يجز إطلاقه على أحدهما بعرف اللسان إلا بدليل لم يوجب حمله عليه.

فإن قيل: هذا أصل فاسد وطريقه غير مستمر من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الله تعالى ذكر الإطعام في كفارة الظهار ولم يذكره في كفارة القتل، وأطلقه فلم يحمل هذا المطلق على ذلك المقيد في دخول الإطعام في كفارة القتل، كما دخل في كفارة الظهار.

والثاني: أنه شَرَط التتابع في صيام الظهار، وأطلقه في صيام الكفارة، ثم لم يحملوا إطلاقه على ذلك المقيد في استحقاق التتابع.

والثالث: أن الله تعالى أوجب في الوضوء غسل أربعة أعضاء، واقتصر في التيمم منها على عضوين، وقد أجمع المسلمون على أن إطلاق التيمم لا يحمل على تقييد الوضوء فيستحق فيهما تطهير الأعضاء الأربعة.

والجواب عنه: أن الأصل الذي قررناه مستمر، فليس يفسر بما ذكروه. أما الإطعام في كفارة القتل، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يدخل في كفارة القتل. فعلى هذا، يسقط الاعتراض به.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ٢.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

والثاني: لا يدخل ولا يفسد به هذا الأصل، لأنه إنما يحمل المطلق على المقيد في الصفة إذا كان الحكمْ واجباً، فأما في إثبات أصل الحكم فلا. وهذا إنما هو إثبات حكم، لا صفة.

وأما صيام كفارة اليمين، ففي استحقاق تتابعه قولان:

أحدهما: مستحق، فعلى هذا، يسقط الاعتراض به.

والثاني: أنه غير مستحق ولا يفسد به الأصل، لأننا نحمل المطلق على المقيد إذا لم يتنازعه أصلان، والصوم في كفارة اليمين بين أصلين:

أحدهما: يوجب التتابع، وهو صوم الظهار.

والثاني: يوجب التفرقة، وهو صوم التمتع. وليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر، فترك على إطلاقه، فكان مخيراً فيه بين: تتابعه، وتفرقته. كما فعل مثله في قضاء رمضان، لما أطلق. وهو بين هذين الأصلين حمل على إطلاقه في التخيير بين تتابعه، وتفرقته. وأما التيمم فلم يحمل إطلاقه على تقييد الوضوء لما فيه من إثبات حكم لم يذكر، وحمل المطلق إنما يختص بالصفة، ولذلك حملنا إطلاق اليدين في التيمم على المرافق لتقييد ذلك في الوضوء فصار الأصل به مستمراً.

وخالف أبو علي بن أبي هريرة الشافعي وسائر أصحابه فقال: أحمل المطلق على المقيد من طريق المعنى، لا بموجب اللسان ومقتضى اللغة.

وهذا لقلة معرفته بلسان العرب وموضوع كلامهم، لأنهم تارة يكررون الكلمة للتأكيد، وتارة يحذفونها للإيجاز، وتارة يسقطون بعضها للترخيم، وتارة يتركون الصفة إذا تقدم لها ذكر كالشهادة، وتارة ينبه بالأدنى على الأعلى، وتارة بالأعلى على الأدنى. فمن عرف هذه المواضع في كلامهم، لم ينكر حمل المطلق على المقيد من طريق اللسان دون المعنى، وإن كان المعنى في الكفارة يوجبه على ما سنذكره.

ويدل على ذلك من طريق السنة: ما رواه محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة: أن محمد بن الشريد أتى النبيَّ ﷺ ومعه جارية، سوداء فقال: «يا رسولَ اللَّهِ إنَّ أمّي ماتت وعليها رَقبةٌ أفتجزِىءُ هذه عنها؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أيْنَ رَبُّكِ؟» فأشارت إلى

السماء فقال: «مَنْ نبيُّكِ؟» فأشارت إليه فقال: «أَعْتِقْها فإنّها مُؤْمِنة»[(١)] وروي: «فإنها تجْزِئك» فكان الدليل في هذا الخبر من وجهين:

أحدهما: اعتبار الإيمان، ولو لم يكن شرطاً لما اعتبره.

والثاني: تعليقه بالإجزاء.

فإن قيل: إنما اعتبر الإيمان وعلقه بالإجزاء، لأن في الرواية أنه قال: «عليَّ رقبةٍ مؤمنة».

روى سعيد بن جبير، عن ابن عباس: أن رجلاً أتى بجارية فقال: يا رسولَ الله عليَّ عتْقُ رقَبة مؤمنة أفأعْتِقُ هذه؟ فقال لها: «أتشهدِينَ أنْ لا إله إلا الله وأني رسول الله» قالت: نعم قال: «تصومين؟» قالت: نعم قال: «أعتِقْها فإنها مُؤْمِنة»[(٢)].

وقالوا: هذه زيادة، فكان الأخذ بها أولى. وعن هذا جوابان:

أحدهما: أن الزيادة أولى إذا كان الخبر واحداً، وهذان خبران في قضيتين مختلفتين.

والثاني: يجوز أن يكون قوله: «عليَّ رقبة مؤمنة» لعلمه بأن العتق في الرقاب لا يجزىء فيه إلا عتق المؤمنة، فصار بالدلالة عليه أشبه، لأنه لم ينقل في الحديث أنه من نذر ولا قتل.

ويدل على ذلك من طريق المعنى: أنه تكفير بعتق، فوجب أن يكون من شرطه، الإيمان كالعتق في كفارة القتل. ولأن كل عتق لا يجزىء في كفارة الظهار كالمعصية، ولأنها منقوصة بالكفر لم تجز في كفارة القتل، فلا تجزىء في كفارة الظهار كالوثنية.

ويدل على ذلك من طريق الاستدلال، ثلاثة أشياء:

أحدها: ما ذكره الشافعي: أن الله تعالى فرض في أموالنا حقوق الزكوات

---

(١) أخرجه أبو داود من حديث الشريد بن سويد في الأيمان والنذور (٣٢٨٣) والنسائي ٦/ ٢٥٢ والبيهقي ٧/ ٣٨٨ـ ٣٨٩ وأحمد ٤/ ٢٢٢ وفي الباب حديث معاوية بن الحاكم. وسبق تخريجه.
وأخرجه البيهقي ٧/ ٣٨٨ من طريق عون بن عبد الله، عن عبد الله بن عتبة، عن أبي هريرة.

(٢) حديث ابن عباس: سبق تخريجه في الصوم.

والكفارات، فلما لم يجز، وضع الزكاة إلا في المسلمين دون المشركين. لأن أبا حنيفة وافقنا عليه، وخالفنا في زكاة الفطر، كذلك لا يجوز وضع الكفارات بالعتق إلا في المسلمين دون المشركين.

والثاني: أن الله تعالى أباح استرقاق المشركين إذلالاً وصَغاراً، وأمر بالعتق في الكفارة إيجاباً على وجه القربة برفع الذل والاسترقاق، فلم يجز أن يكون المأمور برفع استرقاقه قربة هو المأذون في استرقاقه مذلة.

والثالث: أن عتق الكفارة ثبت على التأبيد، والكافر لا يتأبدُ لأنه قد يجوز أن ينقض العهد ويلحق بدار الحرب، ثم يسبى فيسرق، وهذا لا يتصور في عتق المسلم، فلذلك أجزأ عتق المسلم لأنه متأبد. ولم يجز عتق الكافر، لأنه غير متأبد.

فأما الآية، فالجواب عن تعلقهم بعموم إطلاقها: تخصيصها بما ذكرنا، والجواب عن تعلقهم منها: بأن الزيادة على النص نسخ، فمن وجهين:

أحدهما: أن الزيادة على حكم النص بدليل قام غليه، لا يكون نسخاً.

والثاني: أنه تخصيص بعض ما شمله العموم وإخراج بعضه، فصار نقصاً، لا زيادة. وإنما صار تخصيصاً لأمرين:

أحدهما: أن العموم يقتضي عتق الكافرة والمؤمنة، واشتراط الإيمان يخرج منه عتق الكافرة.

والثاني: جواز استثناء الكافرة منه. فنقول: فتحرير رقبة مؤمنة، لا أن تكون كافرة، فبان أنه تخصيص وليس بزيادة.

وأما الجواب عن قياسهم على المؤمنة والقاتلة والفاسقة فهو: أن المعنى فيهم جواز عتقهم في كفارة القتل، فلذلك أجزأ في الظهار، والكافرة لا تجزىء في كفارة القتل، فلم تجزىء في كفارة الظهار. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَـزنيُّ: قَـالَ الشَّـافِعِيُّ رَحِمَـهُ اللَّـهُ: (وَإِنْ كَـانَـتْ أَعْجَمِيَّةً وَصَفَـتِ الإِسْلاَمَ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

قال الماوردي: وهذا صحيح، لعموم قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[١] ولم يفرق بين الأعجمية والعربية. ولحديث أبي هريرة في اختبار إيمان السوداء بالإشارة، وكانت أعجمية. ولأن الإيمان يثبت باللفظ الأعجمي، كما يثبت باللفظ العربي، لأنهما يعبران عن الاعتقاد، فاستويا فيه كالإقرار. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ أَعْتَقَ صَبِيَّةً أَحَدُ أَبَوَيْهَا مُؤْمِنٌ أجزأ)[٢].

قال الماوردي: أما إسلام الأبوين معاً، فهو إسلام لصغار أولادهما إجماعاً.

قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ آمَنُوا وَأَتْبَعْنَاهُمْ ذُرِّيَّاتهم بإِيْمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَاتِهِمْ﴾[٣] وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «كلُّ مَوْلُودٍ يُوْلَدُ على الفِطْرة فأبواهُ يُهَوِّدانِه وينصِّرانِهِ ويمجِّسَانه كما تُنَاتَجُ الإبلُ من بهيمةٍ جَمْعَاء هل تحسُّ من جَدْعَاء»[٤].

فأما إذا أسلم أحد الأبوين، فقد اختلف الفقهاء: هل يكون إسلاماً لصغار أولاده أم لا؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب عطاء: انه لا يكون مسلماً حتى يسلم أبواه معاً.

والثاني: وهو مذهب مالك: إنه يكون مسلماً بإسلام أبيه، ولا يكون مسلماً بإسلام أمه.

والثالث: وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وأكثر الفقهاء: إنه يكون مسلماً بإسلام كل واحد منهما، أباً أو أماً. وفي قوله تعالى: ﴿وَأَتْبَعْنَاهُمْ ذُرِّيَّاتِهِمْ﴾[٥] والأولاد من ذرية الأم، كما من ذرية الأب.

قال الله تعالى ﴿وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾[٦] وقال الله تعالى ﴿وَمِنْ ذُرِّيَتِهِ﴾ إلى قوله ﴿وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَى وَعِيْسَى﴾[٧] وهو ولد بنت. ولقول النبي ﷺ

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

(٣) سورة الطور، الآية: ٢١.

(٤) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في القدر (٦٥٩٩) ومسلم في القدر (٢٦٥٨) (٢٢) والترمذي (٢١٣٨) وأحمد ٢/ ٢٣٣ والبغوي (٨٤).

(٥) سورة الطور، الآية: ٢١.

(٦) سورة آل عمران، الآية: ٣٦.

(٧) سورة الأنعام، الآيتان: ٨٤ و٨٥.

«فأبواه يُهَوِّدانِه وينصِّرانِه ويمجِّسانِه» فجعله ببقائها على اليهودية يهودياً، فدل على أنه لا يكون بانفراد أحدهما يهودياً لقول النبي ﷺ: «الإسلامُ يَعْلُو ولا يُعلى عليه»[١] فإذا اختلف دين الأبوين، غلب دين الإسلام لعلوه على سائر الأديان. ولأنها لو أسلمت والولد حمل، صار مسلماً بإسلامها، فكذلك إذا أسلمت بعد وضعه وقبل بلوغه.

فإن قالوا: إذا كان حملاً وهو متصل بها يجري مجرى أبعاضها، فلم يتميز عن جملتها. فإذا انفصل تميز. ويختص بحكمه، كما يتبعها في البيع إذا كان حملاً، ولا يتبعها إذا كان منفصلاً. فلما كان بإتباعه في الدين يصح بعد الانفصال وقبله، كما لو أسلم أبواه. وإتباعه في البيع لا يصح بعد الانفصال، كما لو بيع أبواه فلم يجز الجمع بينهما، ولأن البعضية في الأم متحققة، وفي الأب مظنونة، فلما صار بإسلام الأب مسلماً فأولى أن يصير بإسلام الأم مسلماً.

فإن قيل: لأنه يتبع أباه في النسب وفي الحرية وعقد الصلح، فيتبعه في الإسلام، بخلاف الأم.

قيل: هذا الاعتبار يفسد بإسلامها، وهو حمل. ثم قد يعتبر بأمه دون أبيه في الحرية والرق، ولا يقتضي أن يكون لها فضل مزية على الأب لاشتراكهما في البعضية، كذلك في الإسلام.

فصل: فإذا ثبت أنها تصير مسلمة بإسلام الأبوين، جاز عتقها وهي صغيرة.

وقال أحمد: لا يجوز عتقها إلا بعد بلوغها.

وقال مالك: لا يجوز عتقها إلا بعد أن تصلي وتصوم بعد البلوغ.

واستدل أحمد بأمرين:

أحدهما: أنه لما يقبل في دية الجنين إلا بالغ، لم يعتق في الكفارة إلا بالغ.

والثاني: أن الصّغر كالزمانة، لاستيلاء العجز عليه. وعتق الزَّمِن لا يجزىء في الكفارة، كذلك عتق الصغير.

وأما مالك: فاستدل بأن إسلامه قبل الصلاة والصيام مظنون، وبعده متحقق.

ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾[٢] ولم يفرق. ولأنها رقبة مسلمة

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

سليمة، فجاز عتقها كالكبيرة. ولأن عتق الصغير أطول في الحرية مقاماً، فكانت بالعتق أولى أن يفك من أسر الرق من الكبير، فكانت بالعتق في الكفارة أولى. ولأن عتق الكفارة مواساة، والصغير أحق بالمواساة من الكبير.

وأما الجواب عن الاستدلال بدية الجنين، فمن وجهين: ظاهر، ومعنى.

أما الظاهر، فهو: أن الشرع فرق بينهما في إطلاق الرقبة في الكفارة، وتقييده في الدية بغرة عبد أو أمة.

وأما المعنى، فهو: أنها في الدية قيمة متلف فلم يجز إلا أن تكون معلومة، وفي الكفارة مواساة فجاز أن تكون مجهولة.

وأما الجواب عن قولهم: إن الصغر كالزمانة فهو أن نقص الزمانة لا يزول ونقص الصغر يزول.

وأما الجواب عن قول مالك: أن إسلامها مجهول مظنون، فهو: أن إسلام الصائم المصلي مظنون لجواز أن يبطن الردة، وعلى أنه وإن كان مظنوناً، فهو يساوي المتيقن في القصاص إذا قتله مسلم، فكذلك في الكفارة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَوْ خَرْساء جَبَلِيةٌ تُعْقِلُ الإِشَارَةَ بِالإِيْمَانِ أَجْزَأَتْهُ وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ لاَ يَعْتِقَهَا إِلاَّ أَنْ تَتَكَلَّمَ بِالإِيْمَانِ)[١].

قال الماوردي: وأما الأخرس إذا حكم بإيمانه تبعاً لأحد أبويه، فعتقه في الكفارة جائز، ولا يمنع خرسه من إجزاء عتقه، لأنه عيب لا يضر بالعمل إضراراً بيّناً، وكذلك الأصم.

فإن اجتمع الخرس والصم، لم يجز في عتق الكفارة. لأن اجتماعهما مضر بالعمل إضراراً بيناً.

فأما الخرساء الجِبِلِّية التي لم تتبع أحد أبويها في الإسلام، فإذا وصفت الإسلام بالإشارة بعد البلوغ وكانت مفهومة الإشارة، صح إسلامها وأجزأ عتقها، لحديث أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ اختبر إسلام السوداء بالإشارة[٢]، ولأن إشارة الخرساء في سائر الأحكام تقوم مقام النطق، فكذلك في الإسلام.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤.

(٢) سبق تخريجه.

فصل: فإذا تقرر أن إسلامها معتبر بالإشارة، فقد نقل المزني: أنه إذا أعتقها بعد الإشارة بالإسلام أجزأته.

وروى الربيع في كتاب «الأم»: إذا أشارت بالإسلام وصلّت جاز عتقها فاختلف أصحابنا فيما رواه الربيع من صلاتها بعد الإشارة: هل يكون شرطاً في جواز العتق، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها توكيد وليست شرطاً على ما نقله المزني، لأن رسول الله ﷺ اقتصر من الأعجمية على الإشارة بالإسلام دون الصلاة.

والوجه الثاني: أن صلاة الأخرس شرط في صحة إسلامه بالإشارة. وحمل إطلاق المزني على تفسير الربيع، لأن الإشارة استدلال يختص بالأخرس، والصلاة فقد اشترك فيها الناطق والأخرس، فإذا أمكن اختبار إسلامه بما يشتركان فيه، لم يجز الاختصار على ما يختص به.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سُبِيتْ صَبِيَّةٌ مَعَ أَبَوَيْهَا كَافِرَيْنِ فَعَقَلَتْ وَوَصَفَتِ الإِسْلاَمَ وَصَلَّتْ إِلاَّ أَنَّهَا لَمْ تَبْلُغْ، لَمْ تَجْزِئْهُ حَتَّى تَصِفَ الإِسْلاَمَ بَعْدَ البُلُوغِ)[1].

قال الماوردي: وأما إذا سبيت الصبية أو الصبي مع أبويهما، أو مع أحدهما، فلا اعتبار لحكم السابي، وهي معتبرة الدين بمن سبي معها من أبويها. وإن أسلم أحد أبويها المُسْبى معها، كان إسلاماً لها، وأجزأ عتقها في الكفارة. وإن لم يسلم واحد منهما، فهي على حكم الكفر، سواء كان السابي لها مسلماً أو كافراً.

فإن وصفت الإسلام بعد بلوغها حكم بإسلامها، وجاز عتقها. وإن وصفت الإسلام قبل بلوغها وصلّت، نظر: فإن كان ذلك قبل تمييزها وعقلها ما تقول وتفعل، لم يكن ذلك إسلاماً منها إجماعاً. وإن كان بعد التمييز والعقل فيما تقول وتفعل كالمراهقة، فمذهب الشافعي رضي الله عنه: أنه لا يصح من غير البالغ إسلام، كما لا يصح منه ارتداد، لارتفاع القلم.

وقال أبو سعيد الأصطخري من أصحابنا: يصح إسلامه قبل البلوغ إذا عقل ما يقول،

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

وميز ما يفعل. وبه قال أبو حنيفة: ولا تصح منه الردة. وفرقا بينهما: لأن إسلام غير البالغ يصح تبعاً لأبويه، وردة غير البالغ لا تصح تبعاً لأبويه فلا يصح تبعه.

وقال بعض أصحابنا واختاره الداركي: أنه يكون مسلماً في الظاهر، ويكون إسلامه في الباطن موقوفاً على بلوغه، فإن أقام على إسلامه بعد البلوغ، ثبت إسلامه ظاهراً وباطناً، وإن أظهر الشرك لم يقبل في الظاهر، وكان مقبولاً في الباطن. والكلام مع أبي حنيفة في هذه المسألة يأتي من بعد.

فعلى هذا، لو أعتقه قبل بلوغه وبعد وصفه الإسلام، لم يجزه على مذهب الشافعي، وأجزأه على مذهب الأصطخري وأبي حنيفة، وكان موقوفاً على الوجه الثالث. فإن أقام على إسلامه بعد بلوغه، أجزأه عتقه لأنه قد صح إسلامه، ظاهره وباطنه. وإن أظهر الشرك لم يجزه، لأنه قد زال إسلامه ظاهره وباطنه، وإن مات قبل أن يصف أحد الأمرين أجزأه في الظاهر، ولم يجزه في الباطن.

فصل: فأما إذا سبي الطفل دون أبويه، فالظاهر من مذهب الشافعي: أنه معتبر بحكم سابيه، ويصير مسلماً بإسلامه، لأن الطفل تبع لغيره، فإذا لم يتبع أبويه لانفراده عنهما، صار تبعاً لسابيه لاختصاصه بملكه. فعلى هذا، يجزىء عتقه في الكفارة.

وقال بعض أصحابنا: لا يكون تبعاً للسابي، لأن عدم البعضية لا ينقل حكمه إلى مالك الرق كالمشتري. فعلى هذا، لا يجزىء عتقه في الكفارة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَوَصْفُهَا الإِسْلاَمَ أَنْ تَشْهَدَ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّداً رَسُولُ اللَّهِ، وَتَبْرَأَ مِنْ كُلِّ دِينٍ خَالَفَ الإِسْلاَمَ. وَأُحِبُّ لَوِ امْتَحَنَهَا بِالإِقْرَارِ بِالبَعْثِ بَعْدَ المَوْتِ وَمَا أَشْبَهَهُ)(١).

قال الماوردي: المعتبر في وصف الإسلام ثلاثة أشياء:

أحدها: الإقرار بالشهادتين.

والثاني: البراءة من كل دين خالف الإسلام.

والثالث: الاعتبار بالبعث والنشور.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

فأما الشهادتان، فهو قوله: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وهذا شرط في إسلامه لا يصح إلا به، لأن رسول الله ﷺ أخذه على كل من أخذ عليه الإسلام.

وأما البراءة من كل دين خالف الإسلام، فقد اختلف أصحابنا فيه: هل هو شرط لا يصح الإسلام إلا به، أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه استحباب وليس بشرط واجب، لأن براءته من سائر الأديان من موجبات الإسلام، فلم يكن شرطاً في ثبوته كالصلاة والصيام.

والوجه الثاني: أنه شرط واجب لا يصير مسلماً إلا به ليزول الاحتمال عن شهادته، لما روي أن رجلاً من اليهود أتى في جماعة من أصحابه إلى رسول الله ﷺ، فسأله عن أمور من معالم الدين فأخبره بها فقال: أشهدُ أنَّكَ نبيٌّ محقٌّ فقال له ولمن معه: «**ما مَنَعَكُمْ أَنْ تُبَايِعُونِي؟**» فقال: نخافُ أن يقتُلنا يهودُ، لأن داودَ دعا أن يجعلَ اللَّهُ النّبوةَ في ولدِه، فلم يجر عليه رسول الله ﷺ حكم الإسلام مع الاعتراف بنبوته. وأنه قد كان يشهد بأن لا إله إلا الله لأنه لم يبرأ من دينه، فدل على أن البراءة من كل دين خالف دين الإسلام شرط في ثبوت الإسلام.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي حامد المروروذي: إنه شرط في الإسلام لمن زعم أن محمداً نبي مبعوث إلى إسماعيل دون إسحاق، وهذا بعض قول اليهود، وفي إسلام من زعم أنه ليس بنبي. فإن كان من الطائفة الأولى لم يصح إسلامه بالشهادتين إلا بالبراءة من كل دين خالف الإسلام، وإن كان من الطائفة الأخرى صح إسلامه بالشهادتين، وإن لم يتبرأ من كل دين خالف دين الإسلام. وأما الإقرار بالبعث والنشور والجنة والنار والثواب والعذاب، فكل ذلك استحباب وليس بشرط واجب، لأن إقراره بصدق رسول الله ﷺ على نبوته يتضمن اعترافه بجميع ذلك، لأنه في جملة تصديقه والله أعلم.

باب ما يجزىء من الرقاب وما لا يجزىء[(١)]

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَا يُجْزِىءُ فِي رَقَبَةٍ وَاجِبَةٍ رَقَبَةٌ تُشْتَرَى بِشَرْطِ أَنْ تُعْتَقَ، لأَنَّ ذَلِكَ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا)[(٢)].

قال الماوردي: في البيع بشرط العتق ثلاثة أقاويل، ذكرناها في كتاب البيوع:

أحدها: وهو قياس مذهبه، وبه قال أبو حنيفة: إن البيع باطل، وإن أعتقه لم ينفذ عتقه. ويخالف أبو حنيفة في نفوذ عتقه مع بطلان بيعه.

والقول الثاني: إن البيع جائز والشرط لازم، وهو المنصوص عليه في أكثر المواضع. ويؤخذ بعتقه جزاء بالشرط، ولا يجزيه عن الكفارة لاستحقاقه بغيرها.

والقول الثالث: حكاه أبو ثور وبه قال ابن أبي ليلى: إن البيع جائز والشرط باطل، ولا يجبر على عتقه، لكن إن امتنع من عتقه كان للبائع الخيار في فسخ البيع. فعلى هذا، لو أعتقه عن كفارته ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: يجزىء، لأنه لا يستحق عتقه بغير الكفارة، فأجزأ عن العتق كغيره من العبيد.

والوجه الثاني: لا يجزىء، وهو الأصح لأمرين:

أحدهما: أن الاشتراط في عتقه ثابت في فسخ البائع إن لم يعتق، فصار مستحقاً.

والثاني: أن الشرط قلّ أو كثر من ثمنه فصار نقصاً، وقد ذكرنا توجيه الأقاويل في كتاب البيوع.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يُجْزِىءُ فِيهَا مُكَاتَبٌ أَدَّى مِنْ نُجُومِهِ شَيْئاً، أَوْ لَمْ يُؤَدِّهِ، لأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ بَيْعِهِ)[(٣)].

---

(١) هذا الباب، والذي سبقه هما عنوان واحد في المزني، وهو تابع لما قبله من المسائل.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

(٣) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

قال الماوردي: وهذا صحيح. عتق المكاتب واقع، ولا يجزىء عن الكفارة، وبه قال مالك والأوزاعي.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: يجزىء عتقه عن الكفارة إن لم يؤد شيئاً من نجومه، ولا يجزىء إن أداه، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[1] واسم الرقبة ينطلق على اسم المكاتب لقوله تعالى ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾[2] وهم المكاتبون، فصار داخلاً في العموم فأجزأ.

ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «المكاتبُ عبْدٌ ما بقيَ عليه دِرْهَمٌ» وإذا كان عبداً، أجزأ عتقه كسائر العبيد.

قالوا: ولأنها رقبة سليمة لم يرجع إليه بشيء من ثمنها، فوجب أن يجزىء عتقها عن كفارته كالعبد القن.

قالوا: ولأنه عقد يلحقه الفسخ، فوجب أن لا يمنع من الإجزاء عن الكفارة كالمبيع بشرط الخيار.

قالوا: ولأنه عقد عتق بصفة، فوجب أن لا يمنع من تعجيل عتقه في الكفارة كالعتق بصفة.

قالوا: ولأنه عقد لاستيفاء حق مع بقاء الملك، فوجب أن لا يمنع من العتق في الكفارة كالمرهون.

قالوا: ولأن عتقه يوجب فسخ الكتابة قبل العتق، فصار العتق واقعاً بعد الفسخ، وهذا لا يمنع من الإجزاء في الكفارة كالفسخ بالعجز.

ودليلنا: هو أنه ممنوع من بيعه بعقد الكتابة، فوجب أن لا يجزىء عتقه عن الكفارة، كالمؤدي بعض نجومه.

فإن قيل: المعنى في المؤدي بعض نجومه: أنه قد وصل إلى بعض بدل العتق، فلذلك لم يجزه، وليس كذلك فيمن لم يؤده.

قيل: ليس لهذا المعنى تأثير في المنع من الإجزاء، لأنه لو أدى بعض نجومه ثم أعتقه بعد فسخ الكتابة أجزأ، فلا يكون لعدم هذا المعنى تأثير في الإجزاء، لأن العقود المانعة من

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٢) سورة التوبة، الآية: ٦.

إجزاء عتقه بعد الأداء هي مانعة من إجزاء عتقه قبل الأداء، كالبيع والصلح. ولأنه سبب حرية يمنع من جواز البيع، فوجب أن يمنع من عتق الكفارة، كاستيلاء أم الولد.

فإن قيل: فالمعنى في أم الولد، استقرار سبب الحرية فيها، وليس سبب الحرية في المكاتب مستقراً.

قيل: اعتبار هذا المعنى يفسد بالمؤدي بعض نجومه، لأن سبب حريته غير مستقر، ولا يجزىء عن الكفارة. ولأنه عقد منعَه من بيعه، فوجب أن يمنع من عتقه عن كفارته، كالبيع.

فإن قيل: المعنى في البيع أن عتقه لا يقع، والمكاتب عتقه واقع.

قيل: ليس اختلافهما في وقوع العتق مانعاً من استوائهما في عدم الإجزاء عن الكفارة، كالمؤدي بعض نجومه. ولأن من لم يجز تكفيره بولد المكاتب، لم يجز تكفيره بالمكاتب، كالورثة. ولأن من لم يجز أن يكفر به الورثة، لم يجز أن يكفر به الموروث، كذلك المكاتب. ولأنه ممنوع من التصرف في مكاتبه، كما يمنع من التصرف في عبد غيره، فوجب أن يستويا في المنع من الإجزاء بهما عن كفارته. ولأن سائر أحكام المكاتب متساوية قبل الأداء وبعده كالشهادة والولاية والنسب، فكذلك في العتق عن الكفارة. ولأن عتق المكاتب إبراء، وإبراؤه عتق، وعتقه بالإبراء لا يجزىء عن الكفارة، فكذلك إبراؤه بالعتق لا يجزىء عن الكفارة. ولأن كل من استحق شيئاً بسبب إلى أجل، كان تعجيله معتبراً باستحقاقه لذلك السبب، كتعجيل الدين المؤجل، فصار تعجيل العتق قبل أداء الكتابة مقيداً لاستحقاقه بالكتابة، وذلك مانع من إجزائه عن الكفارة لو أعتق بالأداء.

وأما الجواب عن الآية فهو: المنع من إطلاق اسم الرقبة على المكاتب. بدليل: أنه لو حلف لا يملك رقبة، لم يحنث بملك المكاتب ولو أطلق عليه اسم الرقبة، لكان مخصوصاً بما ذكرنا.

وأما الجواب عن قوله: «المكاتبُ عبْد ما بقيَ عليه درهم» وهو أن المراد به: أن لا يعتق منه بقدر أدائه، لا أنه كالعبد في جميع أحكامه.

وأما قياسه على العبد، فالمعنى فيه: جواز بيعه.

وأما قياسه على البيع بشرط الخيار لعلة أنه عقد يلحقه الفسخ، فمنتقض بمن أدى بعض نجومه. ثم المعنى بشرط الخيار: جواز تصرف البائع فيه بغير العتق.

وأما قياسه على العتق بصفة، فالمعنى فيه: جواز تصرفه فيه بالمبيع وغيره، وتملك أكسابه.

وأما قياسه على المرهون، فللشافعي رضي الله عنه في عتقه عن كفارته ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه لا ينفذ عتقه، معسراً كان أو موسراً.

والقول الثاني: ينفذ، موسراً كان أو معسراً.

والثالث: ينفذ عتقه مع يساره ولا ينفذ مع إعساره.

فإن منع من نفوذ عتقه بطل الاستدلال به.

وإن قيل: بنفوذ عتقه، كان المعنى فيه: بقاؤه على ملكه، ويملك كسبه بخلاف المكاتب. ولأن المرهون يستوي حكم عتقه بعد أداء بعض الحق وقبله، فكذلك يجب أن يستوي عتق المكاتب بعد أداء بعض النجوم وقبله.

وأما قوله: إن عتقه موجب لتقديم الفسخ، فعنه جوابان:

أحدهما: إن عتقه إبراء وليس بفسخ، فلم يسلم الاستدلال.

والثاني: إنه لو كان فسخاً لاستوى حكمه قبل الأداء وبعده. .

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يُجْزِىءُ أُمُّ وَلَدٍ فِي قَوْلِ مَنْ لاَ يَبِيعُهَا قال المزني: هُوَ لاَ يُجِيزُ بَيْعَهَا، وَلَهُ بِذَلِكَ كِتَابٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجزىء عتق أم الولد عن الكفارة، ولا يجوز بيعها.

وقال داود: يجوز بيعَها وعتقها عن الكفارة.

وقال عثمان البتي: يجوز عتقها عن الكفارة، ولا يجوز بيعها. وكلا المذهبين فاسد، وإبطال بيعها يأتي من بعد.

والدليل على أن عتقها لا يجزىء، شيئان:

أحدهما: أنه مستحق في غير الكفارة، لقول النبي ﷺ في مارية: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**» أي:

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

استحقت عتقها بولدها. لأن تجويز عتقها يكون بموته، وعتق الكفارة ما اختص بها ولا يستحق بغيرها.

والثاني: أن استيلاءها نقص، بدليل أنها لو قتلت وجب على قاتلها قيمتها ناقصة بالاستيلاء، ولا تجب عليه كمال القيمة من غير نقص. وإذا كان ذلك نقصاً، كان كالزمانة، وذلك يمنع من عتق الكفارة.

فصل: فأما المدبر فيجزىء عتقه عن الكفارة.

وقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي رضي الله عنهم: لا يجزيه عن الكفارة، كأم الولد. وبنوا ذلك على أصلهم في أن بيع المدبر لا يجوز إلحاقاً بأم الولد. وعندنا: يجوز بيعه إلحاقاً بالمعتق بصفة، والكلام على بيعه يأتي. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَعْتَقَ مَرْهُوناً أَوْ جَانِياً، فَأَدَّى الرَّهْنَ وَالْجِنَايَةَ، أَجْزَأَهُ)**[1].

قال الماوردي: أما عتق العبد المرهون عن الكفارة، فقد ذكرنا فيه ثلاثة أقاويل قدمنا توجيهها في كتاب الرهن.

أحدها: أن عتقه لا يصح مع اليسار والإعسار.

والثاني: يصح مع اليسار والإعسار.

والثالث: يصح مع اليسار ولا يصح مع الإعسار.

فإن أبطل العتق، فالكفارة باقية، والعبد رهن بحاله، وإن صح العتق بطل الرهن، وأجزأه عتقه عن الكفارة، لأن المرهون كامل الملك غير مستحق العتق، بخلاف أم الولد. ويؤخذ من الراهن المعتق قيمته، فإن كان ألحق حالاً جعلته قصاصاً، وإن كان مؤجلاً فهو بالخيار بين: أن يجعلها رهناً مكانه، أو يجعلها قصاصاً من الحق. فإن أعسر بها أنظر إلى معسرته، ثم غرم من بعد يساره على ما ذكرناه.

فصل: وأما عتق العبد الجاني عن الكفارة قبل فكاكه من الجناية، فقد قال الشافعي في موضع: ينفذ عتقه، وقال في موضع آخر: لا ينفذ عتقه، فقد ذكر في نفوذ عتقه قولين، فاختلف أصحابنا في محل القولين على ثلاث طرق.

---

(١) هذه المسألة ليست موجودة نصاً في المختصر، إلا أنها وردت في جميع النسخ.

فمنهم من قال: القولان في جناية الخطأ، فأما جناية العمد فينفذ عتقه قولاً واحداً.

ومنهم من قال: القولان في جناية العمد، فأما إذا كانت خطأ فلا ينفذ عتقه قولاً واحداً.

ومنهم من قال: القولان في العمد والخطأ معاً. فإن سوينا بين العمد والخطأ سوينا بين الموسر والمعسر، فإن فرقنا بين العمد والخطأ ففي تفريقنا بين الموسر والمعسر وجهان:

أحدهما: لا فرق بين يسار السيد وإعساره، إلا في تعجيل الغرم باليسار وإنظاره بالإعسار.

والوجه الثاني: يفرق بين الموسر والمعسر. فمن قال بهذا، اختلفوا.

فقال بعضهم: إن كان موسراً نفذ عتقه قولاً واحداً، وإن كان معسراً فعلى قولين. فإذا صح ما ذكرنا من ترتيب القولين في العمد والخطأ وفي اليسار والإعسار.

فإن قيل: إن العتق قد نفذ، أجزأه عن الكفارة لأنه عتق لا يستحق في غير الكفارة وكان المعتق ضامناً لأرش جنايته. فإن كانت بقدر قيمته فما دون، ضمن جميعها. وإن كانت أكثر من قيمته، ففي قدر ما يضمنه قولان:

أحدهما: قدر قيمته لا غير، لأنه لو بيع لم يستحق المجني عليه أكثر من قيمته.

والقول الثاني: أن يضمن أرش الجناية كله، لأنه لو مكن من بيعه لجاز أن يوجد راغب يشتريه بأكثر من قيمته.

وإن قيل: إن العتق لا ينفذ في الحال، فهل يكون موقوفاً على أداء الأرش أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: يكون موقوفاً: فإن أدى السيد مال الجناية عتق حينئذ وأجزأه عن كفارته، وإن بيع فيها بطل، وكذلك المرهون تمسكاً بقول الشافعي: وإن أدى الرهن والجناية أجزأه.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: إنه لا يكون موقوفاً، ويكون باطلاً مراعاة. لأن العتق الناجز لا يوقف، والموقوف ما علق بالصفات. وهذا غير معلق بصفة، فلم يجز أن يكون موقوفاً، وحملوا قول الشافعي: فإن أدى أجزأه، على إجزاء الأداء دون العتق. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ((قال) وَإِنْ أَعْتَقَ عَبداً لَهُ غَائِباً، فَهُوَ عَلَى غَيْرِ يَقِينٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ)[1].

قال الماوردي: لا يخلو حال العبد الغائب إذا أعتقه عن كفارته: من أن يكون عالماً بحياته، أو غير عالم بها.

فإن علم حياته حين أعتقه أجزأه، وإن لم يقدر عليه بالغيبة بإباق أو غير إباق، لأن العتق صادف ملكاً تاماً، ومنافع العبد في الغيبة كاملة وقد ملكها بالعتق بعد أن تغلب عليها بالإباق، وسواء علم بالعتق، أو لم يعلم، لأن علمه ليس بشرط في نفوذ العتق، فلم يكن شرطاً في حصول الإجزاء.

وإن كان غير عالم بحياته، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعلم بها بعد العتق، فيجزيه لما ذكرنا من مصادفتها لملك تام.

والضرب الثاني: أن لا يعلم بحياته بعد العتق، فقد قال الشافعي هاهنا: فهو على غير يقين أنه أعتق. فظاهر هذا الكلام: أن عتقه لا يجزيه. وقال في الزكاة: إن عليه زكاة فطره.

فاختلف أصحابنا في ذلك، فمنهم من نقل كل واحد من الجوابين إلى الآخر، وخرج إجزاء عتقه ووجوب زكاته على قولين:

أحدهما: يجزىء عتقه عن الكفارة، وتجب عليه زكاة الفطر، لأننا على يقين من حياته وفي شك من موته، فحمل الأمرين على يقين الحياة دون الشك في الموت.

والقول الآخر: إنه لا يجزئه عتقه عن الكفارة، ولا تجب عليه زكاة الفطر، لأن الأصل في الكفارة وجوبها في ذمته فلم تسقط بالشك، والأصل في الزكاة براءة ذمته منها فلم تجب بالشك.

وقال آخرون من أصحابنا، وهو قول الأكثرين: إنه لا تجزيه عن الكفارة لجواز أن يكون ميتاً، وتجب عليه زكاة الفطر لجواز أن يكون حياً. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الأصل ارتهان ذمته بالكفارة بالظهار المتحقق، وارتهانها بالزكاة بالملك المتحقق، فلم تسقط الكفارة بالحياة المشكوك فيها ولا الزكاة بالموت المشكوك فيه.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

والثاني: أن سقوط الكفارة حق له، ووجوب الزكاة حق عليه، وهو لو شك في حق له لم يجز أن يقطع باستحقاقه، ولو شك في حق عليه لم يجز أن يقطع بسقوطه.

فصل: ولو أعتق عن كفارته عبداً مغصوباً، نفذ عتقه لأنه صادف ملكاً تاماً.

قال أبو حامد الإسفراييني: ولم يجزه عن كفارته، لأنه بالغصب مسلوب المنفعة، فأشبه الزَّمِنِ في نفوذ العتق وعدم الإجزاء.

والذي أراه: أن الإجزاء معتبر بأن ينظر حال العبد. فإن قدر على الخلاص من غاصبه بالهرب منه، وإن لم يقدر على العود إلى سيده، أجزأه عن كفارته لأنه قادر على منافع نفسه. وإن لم يقدر على الخلاص والهرب، فالإجزاء موقوف. فإن قدر بعد ذلك على الخلاص بموت الغاصب أو عجزه، أجزأه حينئذ عن الكفارة. وإن لم يقدر على الخلاص حتى مات، لم يجزه، وليس يمتنع أن يكون إجزاؤه موقوفاً، وإن لم يكن عتقه موقوفاً كالغائب إذا علم بحياته بعد عتقه.

فصل: ولو أعتق حمل جارية له، عتق الحمل دون أمه، ولم يجزه عن كفارته لعلتين ذكرهما الشافعي:

أحدهما: لأنه مشكوك الحال بين أن يكون حملاً صحيحاً، وبين أن يكون غلطاً أو ريحاً.

والثانية: أنه لم يخرج إلى الدنيا فيجري عليه الإجزاء. ولهاتين العلتين، لم نوجب عليه زكاة الفطر، فلو سقط الحمل حياً، لم يجزه.

والفرق بين الحمل إذا وضع، وبين المغصوب إذا خلص: أن المنافع في المغصوب موجودة وإن منع منها، وفي الحمل معدومة. ولو أعتق الأم عتقت مع حملها، وكان الإجزاء مختصاً بعتق الأم دون الحمل.

والفرق بين عتق الأم حيث سرى إلى حملها، وبين عتق الحمل حيث لم يسر إلى أمه: أن الحمل تابع، والأم متبوعة.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، لَمْ يُجْزِئْهُ، لأَنَّهُ عَتَقَ بِمِلْكِهِ)**[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

قال الماوردي: أما الذين يعتقون عليه بالملك فهم الوالدون من: الآباء، والأمهات، والأجداد، والجدات. والمولودون من: البنين، والبنات، وأولاد البنين، وأولاد البنات. ولا يعتق من عدا هذين الطرفين من الأقارب والعصبات. فإذا اشترى أحد هؤلاء بنية الكفارة، عتقوا عليه بالملك، ولم يجزه عن الكفارة.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا اشترى أحدهم بنية الكفارة أجزأه، استدلالاً بأنها رقبة سليمة صادفت نية الحرية بسبب العتق، فوجب أن تجزئه عن الكفارة كالعبد القن. ولأن العتق بالملك أقوى من العتق بالمباشرة، لأن الملك متحتم، وبالمباشرة مخير. فلما أجزأه عتق المباشرة، كان أولى أن يجزيه عتق الملك. ولأن العتق بالملك قربة، وعتق الكفارة قربة، وليس بينهما منافاة، فكان اجتماعهما أولى بالإجزاء. ولأن ترادف القرب في المحل الواحد لا تمنع من الإجزاء، كمن نذر أن يعتكف شهراً بصوم فاعتكف شهر رمضان، أجزأه صومه عن رمضان وعن نذره.

ودليلنا قول الله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[1] فأوجب عليه أن يحرر عتق رقبة، وهذا عتق بغير تحرير، فلم يجزه لإخلاله بشرط العتق. ولأنه عتق ثبت بحق الاستيلاء، فلم يجزه عن الكفارة، كأم الولد. ولأنه عتق مستحق بالقرابة، فلم يجزه عن الكفارة، كما لو ملكه بالإرث فنوى به الكفارة مع الإرث. ولأن العتق المستحق بسبب إذا صرف بالنية عن ذكر السبب إلى الكفارة، لم يجزه عن الكفارة كما لو قال لعبده: إذا دخلت الدار فأنت حر، ثم نوى قبل دخول الدار أن يصير بدخولها حراً عن كفارته، لم يجزه. ولأن العتق تكفير، فلم يجز صرفه إلى الوالد كالطعام.

وأما الجواب عن قياسهم بأنها رقبة سليمة كالعبد القن، فهو: أنا لا نسلم لهم أنها رقبة سليمة لاستحقاق العتق، كما لا نسلم ذلك في أم الولد. ثم ينتقض بمن قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ إن ملكت سالماً أن أعتقه. فملكه، لم يجز أن يعتقه عن كفارته وهو سليم. ثم المعنى في العبد القن: أنه يجوز أن يستبقيه، فجاز أن يعتقه عن كفارته، ولا يجوز أن يستبقي أباه عبداً، فلم يجز أن يعتقه عن كفارته.

وأما الجواب عن قولهم: إن العتق بالملك أقوى منه بالمباشرة لانحتامه، فهو فساده بأم الولد. ثم حق المباشرة بالعتق أقوى لأن له أن يصرفه إلى التطوع إن شاء، وإلى الواجب

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

إن أحب، وليس كالعتق بالملك الذي لا يقف على خياره في التطوع، فلم يقف\على خياره في الوجوب.

وأما الجواب عن قوله: إنهما قربتان فلم يتنافيا، فهو: فساده بما ذكرنا فيمن نذر عتق سالم إن اشتراه، لم يجز أن يكفر به، وإن اجتمعت فيه قربتان. وما استشهدوا به فيمن نذر اعتكاف شهر بصوم، فاعتكف في شهر رمضان، فغير مسلم بأن يكون صومه مجزياً عن رمضان دون نذره.

فصل: وإذا كانت زوجته أمة فاشتراها، بطل النكاح بالشراء. فإن أعتقها عن كفارته، لم يخل حالها من أحد أمرين: إما أن يظهر بها حمل، أو لا يظهر بها.

فإن لم يظهر بها، أجزأه عتقها عن كفارته لأنها كسائر رقيقه. وإن ظهر بها حمل، لم يخل أن يكون قد وطئها بعد الشراء، أو لم يطأ.

فإن لم يطأ بعد الشراء، نظر: فإن وضعته لأقل من أربع سنين من وقت الشراء، ألحق به الولد، وعتق عليه بالملك، وأجزأه عتق الأم لأنها علقت به من عقد نكاح، فلم تصر به أم ولد. وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من وقت الشراء، لم يلحق به، وأجزأه عتق الأم عن كفارته، وعتق الولد بعتق أمه وهو حمل.

وإن كان قد وطئها بعد الشراء، فلا يخلو حال وضعه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه لأقل من أربع سنين من وقت الشراء، ولأقل من ستة أشهر من وقت الوطء، فيكون لاحقاً به من عقد نكاح لا تصير به أم ولد، فيجزئه عتق الأم عن كفارته، ويعتق الولد بالملك.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من وقت الشراء، ولأقل من ستة أشهر من وقت الوطء، فلا يلحق به، وَيجزيه عتق الأم عن كفارته، ويعتق الولد تبعاً لأمه.

والقسم الثالث: أن تضعه لستة أشهر فصاعداً بعد وطئه، فيلحق به عن وطء في ملكه، فلا يجزيه عتق الأم لأنها قد صارت به أم ولد، ويكون الولد مخلوقاً حراً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْداً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ عَنْ ظِهَارِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ، أَجْزَأَ عَنْهُ، مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِشَرِيكِهِ أَنْ يَعْتِقَ، وَلاَ يُرَدُّ عِتْقُهُ. وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً، عَتَقَ نِصْفَهُ، فَإِنْ أَفَادَ وَاشْتَرَى النِّصْفَ الثَّانِيَ وَأَعْتَقَهُ أَجْزَأَهُ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا أعتق المكفر عبداً بينه وبين شريكه ناوياً به عن كفارته، لم يخل من أن يكون موسراً أو معسراً.

فإن كان موسراً بقيمة حصة شريكه، عتق عليه جميعه. أما نصيبه منه، فيعتق عليه باللفظ. وأما نصيب شريكه، فعلى ثلاثة أقاويل:

أحدها: يعتق باللفظ أيضاً.

والقول الثاني: باللفظ ودفع القيمة معاً.

والثالث: أنه موقوف مراعى. فإن دفع القيمة بأن عتقه باللفظ، وإن لم يدفع القيمة لم يعتق، ولتوجيه هذه الأقاويل موضع.

فإذا تقررت هذه الأقاويل الثلاثة، تفرع حكم العتق والإجزاء عليها. فإذا قلنا: إن العتق في نصيب الشريك واقع باللفظ، أو قلنا: إنه موقوف على دفع القيمة، فدفعها وعتق باللفظ، فقد اختلف أصحابنا في عتق نصيب الشريك الواقع باللفظ: هل هو عتق مباشرة، أو عتق سراية؟ على وجهين:

أحدهما: أنه عتق مباشرة، لأنه لما كان نصيب نفسه يعتق بالمباشرة لوقوعه باللفظ.

والوجه الثاني: أنه عتق بالسراية، لأنه تابع لنصيبه، فاقتضى أن يتأخر عنه ليكون المتبوع متقدماً.

فإذا صح هذان الوجهان، نظر: فإن نوى عتق جميعه عن كفارته عند لفظه بعتقه، أجزأه عتقه عن كفارته، لأن الشرع مستقر على أن المعتق لحصته من غير مشترك كالمعتق لجميعه إذا كان موسراً. وإن نوى عتق حصته عن كفارته، ولم يكن له نية في حصة شريكه، فقد أجزأه عتق نصيبه عن كفارته لوجود نيته مع التلفظ بعتقه، وفي إجزاء ما عتق عليه من حصة شريكه وجهان من اختلاف الوجهين: هل يعتق بالمباشرة أو بالسراية؟

فإن قيل: يعتق بالمباشرة، أجزأته نيته في حصته عن النية في حصة شريكه.

وإن قيل: يعتق بالسراية، لم يجزه.

وكذلك لو كان مالكاً لجميع العبد، فأعتق نصفه ينوي بنصفه عن كفارته، عتق عليه جميعه، وأجزأه منه لنصف الذي نواه، وفي إجزاء نصفه الباقي وجهان:

أحدهما: يجزىء، ويكون عتق مباشرة.

والثاني: لا يجزىء، ويكون عتق سراية.

فصل: إذا قلنا بالقول الثالث: إنه لا يعتق إلا باللفظ ودفع القيمة، فإذا دفع القيمة عتق وكان عتقاً بالسراية باتفاق أصحابنا، وتعتق حصته بالمباشرة. فأما نية التكفير، فمعتبرة في حصته مع التلفظ بعتقه، وفي اعتبارها في حصة شريكه ثلاثة أوجه:

أحدها: مع دفع القيمة، لأنه وقت نفوذ العتق.

والوجه الثاني: وقت اللفظ، ليقترن بسبب العتق ولا يتقدم عليه، فلا يجزىء كما لا يجزىء عتق الوالد لتقدم سببه على نيته.

والوجه الثالث: أنه مخير بين: أن ينوي مع اللفظ لأنه سبب العتق، وبين أن ينوي مع دفع القيمة لأنه وقت نفوذ العتق.

وأرى وجهاً رابعاً هو الأصح عندي: أن يجمع بين النية مع لفظ العتق، والنية مع دفع القيمة. لأن العتق إذا وقع بسببين، لم يجز أن تختص النية بأحدهما، فإن نوى عند أحدهما لم يجزه.

فصل: وإن كان المعتق معسراً، عتق نصيبه منه، ولم يعتق نصيب شريكه، وأجزأه عتق النصف الذي ملكه، وكان الباقي منه على رقه. فإن بقي على إعساره، وأراد أن يتم التكفير بالصيام أو الإطعام، لم يجز إذا أعتق نصف عبد أن يصوم شهراً أو يطعم ثلاثين مسكيناً ليكون نصف التكفير بالعتق ونصفه بالصيام أو الإطعام، لأن الكفارة لا تتبعض في جنسين.

وقيل: عليك أن تكمل التكفير بالصيام أو الإطعام، فتصوم شهرين، أو تطعم ستين مسكيناً. فعلى هذا، يكون في نصف العتق الذي قدمه وجهان:

أحدهما: أنه عتق نافذ في التكفير وكمّله بصوم شهرين لئلا يتبعض الصيام.

والوجه الثاني: أنه يصير تطوعاً ويكون التكفير بصوم الشهرين، لأن الصوم كفارة كاملة، وليس يلزم أن يزيد عليها، فصار ما تقدمها تطوعاً. وإن أيسر بعد إعساره، فهل يلزمه أن يكفر بالعتق أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يلزم أن يكفر بالعتق، إذا قيل: إن المراعي بالكفارة حال الوجوب. فعلى هذا يكون على ما مضى.

والقول الثاني: يلزمه أن يكفر بالعتق إذا قيل: إن المراعي بالكفارة حال الأداء. فعلى

هذا، إن اشترى نصفه الذي أعتق نصفه، لم يعتق عليه بالشراء لاستقرار رقه بعد ما عتق منه، وخالف حال يساره وقت عتقه. فإذا أعتقه عن كفارته أجزأه، وقد تكمل له عتق عبد عن كفارته فأجزأه، وإن فرّق العتق، كما يجزىء تفريق الطعام.

وإن اشترى نصف عبد آخر فأعتقه حتى يكمل عتق رقبة من عبدين، ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: يجزىء، لكمال العتق المستحق وإن تبعض.

والوجه الثاني: لا يجزىء، لأن في التبعيض نقصاً، وعتق الناقص غير مجزىء.

وفيه وجه ثالث: أنه إذا أعتق نصفين من عبدين باقيهما حراً أجزأه، لارتفاع الضرر عنهما. وإن كان باقيهما مملوكاً، لم يجزه لدخول الضرر عليهما. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى أَنْ جَعَلَ لَهُ رَجُلٌ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ، لَمْ يَجْزِئْهُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل عليه عتق رقبة عن ظهار وله عبد، فقال له رجل: اعتق عبدك هذا عن ظهارك على أن لك عليَّ عشرة دنانير. فلا يخلو حاله إذا أعتق عبده عن ظهاره من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقول: قد أعتقت عبدي عن ظهاري على عشرة دنانير لي عليك، فيعتق عليه ولا يكون عن ظهاره، لأن عتق الظهار يجب أن يكون خالصاً عنه، ولا يكون مشتركاً بين الظهار وبين غيره. وهذا عتق قد جعله مشتركاً بين الظهار، وبين أخذ العوض عنه، فلم يخلص عن الظهار، فلذلك لم يجزه عن الظهار. وإذا لم يجزه عن الظهار، صار العتق واقعاً عن باذل العوض وعليه العشرة، لأن المعتق صرف العتق إلى شيئين: إلى الظهار، وإلى العوض. فإذا بطل أن يكون عن الظهار، ثبت حكم الآخر وهو العوض، فصار معتقاً عبد نفسه بعوض على غيره، فوقع العتق عن باذل العوض، ويكون له الولاء، وعليه ما بذله من العوض وهو العشرة، قاله الشافعي في كتاب الأم.

فصل: والحال الثانية: أن يقول المعتق: قد أعتقت عبدي هذا عن ظهاري دون

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

عوضك، فيعتق عن ظهاره لأنه قد جعله خالصاً عنه، ولا شيء له على باذل العوض لأنه قد رده، لأن العتق لم يحصل له.

والحال الثالثة: أن يقول المعتق: قد أعتقت عبدي هذا عن ظهاري، ويمسك عن ذكر العوض فلا يصرح بإثباته ولا بنفيه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعتق بعد تطاول الزمان وخروجه عن أن يكون جواباً للباذل للبذل، فيجزيه عتقه عن ظهاره، لا يختلف لعلتين:

إحداهما: إمساكه عن ذكر العوض في عتقه.

والثانية: خروجه عن حكم الجواب لبعده.

والضرب الثاني: أن يعتقه في الحال عقيب البذل، ففيه وجهان:

أحدهما: يجزيه عن ظهاره تعليلاً بإمساكه عن ذكر العوض، ولا شيء له على الباذل.

والوجه الثاني: لا يجزيه عن ظهاره ويكون عن الباذل، وعليه ما بذل تعليلاً بأن قرب الزمان يخرجه مخرج الجواب، فصار الحكم مصروفاً إليه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَعْتَقَ عَنْهُ رَجُلٌ عَبْداً بِغَيْرِ أَمْرِهِ، لَمْ يُجْزِئْهُ وَالوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَهُ. وَلَوْ أَعْتَقَهُ بِأَمْرِهِ بِجُعْلٍ أَوْ غَيْرِهِ أَجْزَأَهُ، وَالوَلَاءُ لَهُ. وَهَذَا مِثْلُ شِرَاءٍ مَقْبُوضٍ أَوْ هِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ قال المزني: مَعْنَاهُ عِنْدِي أَنْ يَعْتِقَهُ عَنْهُ بِجُعْلٍ)**[1].

قال الماوردي: إعلم أنه لا يخلو حال من أعتق عبده عن غيره، من أحد أمرين: إما أن يعتقه عن حي، أو ميت.

فإن أعتق عن حي، لم يخل عتقه من أن يكون: بإذن المعتق عنه، أو بغير إذن. فإن أعتقه عنه بغير إذنه، كان العتق واقعاً عن المعتق دون المعتق عنه، سواء أعتقه عنه تطوعاً أو عن واجب.

وقال مالك: إن أعتقه عنه تطوعاً لم يجزه، وكان العتق عن المعتق، وله الولاء. فإن أعتقه عن واجب جاز، وكان عن المعتق عنه، وله الولاء، استدلالاً بما روي: أن عائشة رضي الله عنها «أعتقت عبداً لها عن أخيها عبد الرحمن رجاء أن ينفعَهُ ويلحقَهُ ثوابُه» ولأن

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

العتق الواجب كالدين، ويجوز أن يقضي دين الحي بغير إذنه، فكذلك يجوز أن يعتق عنه بغير إذنه.

ودليلنا: قول الله تعالى ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[1] فكان على عمومه. وقول النبي ﷺ «كتابُ الله أصدَقُ وشرُطُه أوثَقُ والولاءُ لمَنْ أعتق»[2]. فلم يجعل الولاء إلا لمعتق. ولأن من أعتق عن نفسه بغير نية لم يجزه، وفي عتق غيره عنه عند عدم العتق منه وعدم النية، فكان بأن لا يجزيه أولى. ولأن العبادات ضربان: على بدن، وفي مال.

فأما عبادات الأبدان، كالصلاة والصيام والحج، فلا تصح فيها النيابة بحال. وأما عبادات الأموال، كالحج والزكاة، فلا تصح فيها النيابة بغير إذن، وتصح بإذن. كذلك العتق في الكفارة عبادة في مال يجب أن تصح بإذن، ولا تصح بغير إذن.

فأما الجواب عن عتق عائشة رضي الله عنها عن أخيها، فظاهره: أنه تطوع لقولها: «رجاء أن ينفعه ويلحقه ثوابه» ومالك يمنع من تطوع العتق بغير إذن. ولو كان عن واجب، لاحتمل أن يكون عن إذنه في حياته أو بوصية منه بعد وفاته، فلم يكن فيه دليل.

وأما الجواب عن قضاء الدين، فهو: أنه لا يعتبر فيه النية، ولذلك سقط بالإبراء. وإن لم توجد فيه نية الأداء، فجاز لعدم النية فيه أن يقضي عنه، والعتق مستحق فيه النية فلم يجز مع استحقاقها أن يعتق عنه.

فصل: وإن أعتق عن الحي بإذنه جاز، وكان الولاء للمعتق عنه، سواء كان العتق تطوعاً أو واجباً، وسواء أعتق عنه بجُعل أو بغير جُعل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن أعتقه عنه بجعْل جاز، وإن أعتقه بغير جعْل لم يجز، استدلالاً بأنه إذا كان عن جعل فهو مبيع، وعتق المبيع قبل قبضه يجوز. وإذا كان بغير جُعل، فهو هبة، وعتق الموهوب قبل قبضه لا يجوز. ولأن القبض شرط في صحة الهبة، وليس بالعتق فيها قبضاً، لأنه بتسليم الرقبة ولم يحصل بالعتق تسليم.

ودليلنا: هو أن العتق في الشرع قد أقيم مقام القبض، بدليل أن من اشترى عبداً لو أعتقه في يد بائعه نفذ عتقه وسقط عن البائع ضمانه، وإذا كان قبضاً في البيع صار قبضاً في الهبة فوجب أن يستويا في صحة العتق. ولأن الإذن في العتق يحصل استدعاء معاوضة

(١) سورة النجم، الآية: ٣٩.

(٢) حديث عائشة في قصة ولاء بريرة: سبق تخريجه.

تفتقر عندنا إلى إيجاب وقبض، وعند أبي حنيفة إلى إيجاب وقبول وقبض. والعتق قائم مقام الإيجاب والقبض عندنا، وقائم مقام الإيجاب والقبول والقبض عندهم. والإذن في العتق بغير جُعل يحصل استدعاء هبة، يفتقر عندنا إلى إيجاب وقبض، وعندهم إلى إيجاب وقبول وقبض، واقتضى أن يكون العتق بعدها قائماً مقام الإيجاب والقبض كالبيع. وفي هذين الاستدلالين، انفصال عما ذكروه من استدلالين. ولأن الحقوق إذا جازت بفعل الغير، لم يشترط فيها بدل العوض كالزكاة والحج.

فأما المزني فإنه قال: معناه عندي أن يعتقه عنه بجعل، فإن أراد به معناه عند الشافعي فهو خطأ عليه، وقد صرح بإبطاله في قوله: ولو أعتقه عنه بأمره بجعل أو غيره فسواء في العتق عنه بأمره بين: أن يكون بجعل أو غيره. وإن أراد به مذهباً لنفسه، فهو قول أبي حنيفة، وقد مضى الكلام معه.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من جواز العتق عنه بأمره بجُعل أو غيره، فإنه بالجعل بيع، وبغير الجعل هبة، فهو لا يعتقه عنه إلا وقد ملكه ثم عتق. واختلف أصحابنا: متى يصير مالكاً؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يتبين بالعتق أنه قد كان مالكاً له باستدعاء العتق، ثم عتق عليه بعد الملك بلفظ العتق.

والوجه الثاني: أنه يملكه بأول لفظ العتق، ويعتق بآخر لفظ العتق.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن يقع الملك والعتق معاً في حالة واحدة بلفظ العتق، فمن اشترى إياه ملكه وعتق عليه في حالة واحدة بنفس الشراء.

وفيه وجه رابع: قاله أبو حامد الإسفراييني: إنه يملكه بلفظ العتق، ويعتق بعد استقرار الملك، وكذلك يقول فيمن اشترى إياه أنه يملكه بالشراء ويعتق عليه بعد استقرار الملك.

ومثال هذه المسألة، اختلاف أصحابنا فيمن دعي إلى أكل طعام متى يملك ما يأكله؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يملك اللقمة إذا أخذها بيده.

والثاني: إذا وضعها في فمه.

والثالث: إذا ابتلعها.

فإذا قلنا: إنه يملكها إذا أخذها بيده، فهل يجوز له أن يطعمها غيره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له ذلك، لأنه قد صار مالكها.

والوجه الثاني: ليس له ذلك، لأنه مأذون له في تملكها على وجه مخصوص، كالعارية التي يجوز أن يملك منافعها في حق نفسه، ولا يجوز أن يعيرها غيره.

فصل: فأما العتق عن الميت فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون عن وصية منه، فيصح سواء كان تطوعاً أو واجباً، لأن وصيته به تقوم مقام مباشرته له. ولو باشر عتق التطوع صح، فكذلك إذا أوصى به يجب أن يصح.

والضرب الثاني: أن يكون عن غير وصية، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون العتق تطوعاً، فلا يصح عنه بغير وصية، سواء كان العتق من وارث أو غير وارث، ووقع العتق عن المالك المعتَق دون الميت المعتق عنه.

والضرب الثاني: أن يكون العتق واجباً، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يجب وجوباً لا تخيير فيه، كالعتق في كفارة القتل والظهار. فيصح عن الميت بوصية من رأس ماله، وبغير وصيته من أصل تركته. ويجوز أن يتطوع به عنه وارث، أو غير وارث، بأمره وبغير أمره. ولأنه من لوازم الأموال، فأشبه قضاء الدين، ويكون الولاء فيه للميت المعتق عنه ينتقل بعد موته إلى الأقرب من عصبته.

والضرب الثاني: أن يكون في العتق الواجب تخيير، مثل كفارة اليمين التي هو مخير فيها بين العتق والإطعام والكسوة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون من مال الميت، فينظر فيه: فإن كان أقل الثلاثة قيمة، صحَّ. وإن كان أكثرها قيمة، لم يصح لأنه يصير بنقصانه واجباً وزيادته تطوعاً.

والضرب الثاني: أن يكون من مال المعتق، ففي جوازه عنه وجهان:

أحدهما: لا يجزىء عنه، ويكون واقعاً عن المعتق دون الميت، كما لا يجوز أن يعتق عنه من ماله.

والوجه الثاني: يجزيء عن الميت، ويكون له الولاء، وينتقل عنه إلى أقرب عصبته لأنه عتق واجب، وإن وقع فيه تخيير لسقوط الواجب به، فأشبه ما لا تخيير فيه.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ عَنْ ظِهَارَيْنِ، أَوْ ظِهَارٍ وَقَتْلٍ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنِ الكَفَّارَتَيْنِ أَجْزَأَهُ، لأَنَّهُ أَعْتَقَ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ عَبْداً تَامًّا: نِصْفاً عَنْ وَاحِدَةٍ، وَنِصْفاً عَنْ وَاحِدَةٍ، ثُمَّ أُخْرَى نِصْفاً عَنْ وَاحِدَةٍ وَنِصْفاً عَنْ وَاحِدَةٍ، فَكَمُلَ فِيهَا العِتْقُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها في رجل عليه كفارتان: إما من جنسين مثل كفارة قتل وكفارة ظهار، أو من جنس واحد مثل كفارتي قتل أو كفارتي ظهار، فأعتق عنهما عبدين، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعتق أحد العبدين بعينه عن إحدى الكفارتين بعينها، ويعتق العبد الآخر عن الكفارة الأخرى. فهذا جائز، ويكون العتق فيهما على ما عين ونوى. فلو أراد بعد ذلك أن ينقل كل واحد من العبدين إلى الكفارة الأخرى، لم يجز وكان العتق نافذاً على التعيين الأول.

والقسم الثاني: أن يعتق أحد العبدين عن إحدى الكفارتين لا يعينها، ويعتق العبد الآخر عن الكفارة الأخرى لا يعينها، فيجزيه أيضاً، سواء كانت الكفارتان عن جنس واحد أو من جنسين.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن كانتا من جنس واحد أجزأه وإن لم يعين، وإن كانتا من جنسين لم يجزه حتى يعين. استدلالاً بأنها عبادة تختلف في الموجب والموجَب، فافتقرت إلى التعيين كالصلاة، واختلافهما في الموجب: أن إحداهما عن قتل، والأخرى عن ظهار. واختلافهما في الموجب: أن في إحداهما إطعاماً، وليس في الأخرى إطعام.

ودليلنا: هو أنه حق يؤدي على وجه التكفير، فلم يلزم فيه التعيين، كما لو كانا من جنس واحد، لأن الكفارتين إذا اتفقتا في الصورة، فعدم التعيين لا يمنع من الإجزاء كالدماء في الحج. ولأن العبادات ضربان:

أحدهما: ما يلزم تعيين النية في المختلف منه والمؤتلف، كالصلوات يلزم تعيين النية فيما اختلف منها كالصبح والمغرب، وفيما ائتلف منها كالظهر والعصر.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

والثاني: ما لا يلزم تعيين النية في المختلف منه والمؤتلف، كالزكوات لا يلزم تعيين النية فيما اختلف منها، كمن له خمس من الإبل مهرية حاضرة وخمس من الإبل مُجيدية غائبة، فأخرج شاتين عنهما من غير تعيين، أجزأ كما يجزيه لو كانت العشر من جنس واحد في موضع واحد. فلما لم يلزم في الكفارة تعيين النية في المؤتلف، لم يلزم تعيينها في المختلف كالزكاة، لأنها وافقتها في المؤتلف بخلاف الصلاة، لأنها خالفتها في المؤتلف، وفي هذا انفصال. ولأنه لو وجب تعيينها في الجنسين، لوجب إذا كانت عليه كفارة قد شك فيها، هل وجبت عليه عن قتل أو ظهار أن يعتق عبدين، كما لو شك: هل عليه ظهر أو عصر يقضي صلاتين؟ وقد وافق أبو حنيفة أنه لا يلزمه إلا عتق عبد واحد، فدل على أن تعيين النية غير واجب.

فصل: والقسم الثالث وهو مسألة الكتاب: أن يعتق كل واحد من العبدين عن كل واحدة من الكفارتين، فيعتق نصف سالم عن كفارة القتل، ونصفه عن كفارة الظهار. ويعتق نصف غانم عن كفارة القتل، ونصفه عن كفارة الظهار، فهذا العتق مجزىء عن الكفارتين، لأنه قد أعتق عنهما عبدين. لكن اختلف أصحابنا: هل يكون العتق مبعضاً على ما يرده، أو مكملاً؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا: إنه يكون مبعضاً على ما نوى، لأن العتق بالتبعيض قد كمل.

والوجه الثاني: وهو ظاهر كلامه في كتاب الأم، وبه قال أبو العباس بن سريج، وأبو علي بن خيران: إنه يكمل العتق، فيجعل أحد العبدين بكماله عن إحدى الكفارتين، والعبد الآخر بكماله عن الكفارة الأخرى. لأن عتق بعض العبد يسري إلى جميعه، فلما امتنع أن يتبعض في الحرية والرق، امتنع أن يتبعض في كفارتين.

وفائدة هذين الوجهين: فيمن عليه عتق رقبة عن كفارة، فأعتق نصف عبد، ونصف آخر حتى كمل عتق رقبة من عبدين، ففي إجزائهما عنه وجهان:

أحدهما: لا يجزيه، إذا منع من تبعيض العتق هناك.

والوجه الثاني: يجزيه، إذا جوَّزوا التبعيض هناك.

وفيها وجه ثالث: أنه إن أعتق النصف من عبدين باقيهما حراً أجزأه، وإن كان باقيهما

مملوكاً لم يجزه، لأنه إذا كان باقيهما حراً جرى عليه حكم الأحرار، فيوجد مقصود العتق فيهما. وإذا كان باقيهما مملوكاً، جرى عليه حكم العبد، فلم يوجد مقصود العتق فيها.

ومثال ذلك في الزكاة: أن تجب عليه شاة في خمس من الإبل، فيخرج نصفي شاتين: نصفاً من شاة، ونصفاً من أخرى، ففي إجزائه ثلاثة أوجه:

أحدها: يجزيه، لأنه قد أخرج شاة.

والوجه الثاني: لا يجزيه، لما أدخل على الفقراء من سوء المشاركة حتى يخرج شاة كاملة.

والوجه الثالث: إن كان باقي الشاتين ملكاً للفقراء أجزأه لارتفاع الضرر عنهم، وإن كان لغيرهم لم يجز لدخول الضرر عليهم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ مِمَّنْ عَلَيْهِ الصَّوْمُ فَصَامَ شَهْرَيْنِ عَنْ إِحْدَاهُمَا، كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ، وَكَذَلِكَ لَوْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ عَنْهُمَا أَجْزَأَهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا كانت عليه كفارتان من جنس أو جنسين، فإنهما عندنا سواء، فله فيهما ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون من أهل العتق فيهما. وذلك بأن يكون قادراً على عتق رقبتين، فعليه عتقهما على ما مضى من حكم عتقه لهما.

والحال الثانية: أن يكون من أهل الصيام فيهما. بأن يكون معسراً لا يقدر على عتق رقبة، فعليه أن يصوم عنهما أربعة أشهر، ولا يخلو حال صومه فيهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن ينوي صوم شهرين متتابعين عن إحدى الكفارتين يعينها، ويصوم شهرين آخرين عن الكفارة الأخرى يعينها، فهذا يجزئه، وقد أكّد ذلك بالتعيين.

والقسم الثاني: أن يصوم شهرين عن إحدى الكفارتين لا يعينها، ويصوم شهرين عن الأخرى لا يعينها، فهذا يجزئه أيضاً. وإن لم يعيّن، لأن التعيين غير مفيد، فلم يلزم. كما أن النية في الوضوء لا يلزم فيها تعيين الحدث، لأنه غير مفيد. ثم هو بعد ذلك بالخيار في: أن يترك الصوم على إبهامه، أو يعينه، وسواء كانت الكفارتان من جنس أو جنسين. وخالف أبو حنيفة، كما خالف في العتق.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

والقسم الثالث: أنَ يَسرد صوم أربعة أشهر متوالية عنهما من غير تعيين، فهذا يجزيه. وقد زاد بأنه تابع بين صوم الكفارتين، ويكون شهران متواليان عن إحدى الكفارتين، وشهران متواليان عن الكفارة الأخرى.

والقسم الرابع: أن يصوم شهرين متتابعين عن الكفارتين، وشهرين متتابعين عن الكفارتين، فلا يجزيه الصوم عن واحدة من الكفارتين، بخلاف العتق. لأن تتابع الشهرين في صوم الكفارة مستحق، وقد صار بالتبعيض مفرقاً.

والحال الثالثة: أن يكون من أهل العتق في إحدى الكفارتين، ومن أهل الصيام في الكفارة الأخرى. لأنه لا يملك إلا رقبة واحدة، فعليه أن يبدأ بالعتق عن إحدى الكفارتين شاء، سواء بدأ به فيما تقدم وجوبه منهما، أو فيما تأخر. ثم يصوم بعد ذلك شهرين متتابعين عن الكفارة الأخرى، وهو: أن يبدأ بالعتق عن إحداهما لا يعينها، ثم بالصوم عن الأخرى لا يعينها، كما لو كان من أهل العتق فيهما أو من أهل الصوم فيهما. فلو بدأ بالصوم ثم أعتق، أجزأه العتق، ولم يجزه الصوم، لأنه صام وهو قادر على العتق.

ولو جعل العتق عن الكفارتين معاً، والصوم عنهما معاً تكميلاً لكل كفارة من جنسين، لم يجزه الصوم عن واحدة من الكفارتين، وأجزأه العتق، وفيه وجهان بناء على ما مضى:

أحدهما: أنه يستكمل العتق في إحداهما، وعليه أن يستأنف صوم شهرين للأخرى.

والوجه الثاني: أن يكون على ما نوى من التبعيض، فلا يتكمَّل. فإن أيسر بإكمال العتق، أو استدان حتى أعتق عبداً آخر عن الكفارتين، أجزأه. وإن كان على إعساره وأراد أن يكمل الكفارة بالصوم، لم يجزه أن يصوم عن نصف كل كفارة شهراً، لأن تبعيض الصيام في الكفارة غير مجزىء، وكان عليه أن يصوم عن كل واحدة منهما شهرين متتابعين، فيصوم لهما أربعة أشهر. فعلى هذا، هل يكون ما قدمه من العتق مؤثراً في التكفير أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يؤثر فيه، لما يلزمه من تكميل الصيام.

والوجه الثاني: يؤثر فيه، لتقدم النية عنه، وإنما يكمل الصيام جبراً، وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ ثَلَاثُ كَفَّارَاتٍ، فَأَعْتَقَ

رَقَبَةٌ لَيْسَ لَهُ غَيْرُهَا، وَصَامَ شَهْرَيْنِ، ثُمَّ مَرِضَ فَأَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِيناً يَنْوِي بِجَمِيعِ هَذِهِ الكَفَّارَاتِ الظِّهَارِ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً بِعَيْنِهَا، أَجْزَأَهُ لأَنَّ نِيَّتَهُ فِي كُلِّ كَفَّارَةٍ بِأَنَّهَا لَزِمَتْهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا وجب عليه ثلاث كفارات: إما من جنس واحد، أو من أجناس، فكان من أهل العتق في واحدة، ومن أهل الصيام في ثانية، ومن أهل الإطعام في ثالثة على ما بينه الشافعي رضي الله عنه، فعليه أن يبدأ بالعتق عن أحدهما إما بعينها أو مبهمة. وإنما لزم أن يكون الصوم بعد العتق، لأنه لا يجوز مع القدرة عليه. ولزم أن يكون الإطعام بعد الصوم، لأنه لا يجزىء مع القدرة عليه.

فإن قدَّم الإطعام، ثم الصيام، ثم العتق، أجزأه العتق وحده، واستأنف الصوم بعده، ثم الإطعام بعد الصوم، وليس له أن يسترجع الطعام الذي قدمه لعدم إجزائه، لأن الفقراء قد ملكوه بالقبض.

فلو نوى وقد رتب أن يكون كل واحد من العتق والصيام والإطعام عن كل واحدة من الكفارات الثلاث أثلاثاً، اعتد بجميع العتق، ولم يعتد بجميع الصيام، واعتد بالثلث من الإطعام، ثم هل يتكمل العتق في أحدهما أم لا؟ على ما مضى من الوجهين، ولزمه تكميل الإطعام عن إحداهما، وعليه استئناف الصيام عن الأخرى.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ فَشَكَّ أَنْ تَكُونَ مِنْ ظِهَارٍ أَوْ قَتْلٍ أَوْ نَذْرٍ، فَأَعْتَقَ رَقَبَةً عَنْ أَيِّهَا كَانَ، أَجْزَأَهُ. وَلَوْ أَعْتَقَهَا لاَ يَنْوِي وَاحِدَةً مِنْهَا، لَمْ يُجْزِئْهُ)[2].

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة: بيان حكم النية. والكلام يشمل فيها على ثلاثة فصول:

أحدها: وجوبها.

والثاني: في صفتها.

والثالث: في محلها.

فأما وجوب النية فمستحق في التكفير بالعتق والصيام والإطعام، لأن الثلاثة قد تفعل

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

على طريق الوجوب تارة، وعلى طريق التطوع أخرى، فوجب أن تستحق فيها النية ليمتاز بها الواجب من التطوع.

وأما صفة النية، فهو: أن ينوي بالعتق أو بالصيام أو بالإطعام أنه عن الكفارة التي عليه، ولا يلزم تعيين النية عن أي كفارة، ولا يجزىء أن ينوي أنه عتق واجب أو صوم واجب، أو إطعام واجب، لأن الوجوب قد يتنوع، فلم يكن بد من وصف الوجوب بأنه عن كفارة لتمييزه.

وأما محل النية، فإن كان صوماً ففي ليل الصيام لا يجزىء قبله ولا بعده، كسائر الصوم الواجب. وإن كان عتقاً أو طعاماً، لم تجزه النية قبل أن يتعين له العبد الذي يعتقه، والطعام الذي يطعمه. فأما بعد تعيين العبد والطعام، ففي محل النية وجهان:

أحدهما: ينوي مع لفظ العتق، ومع تفريق الطعام، فإن نوى قبلهما لم يجزه.

والوجه الثاني: يجوز أن ينوي قبل التعيين وبعد العتق والإطعام.

وأصل هذين الوجهين، اختلاف أصحابنا في محل النية في الزكاة:

فأحد الوجهين: أن محل النية فيها عند عزلها.

والثاني: عند دفعها.

فصل: فإذا ثبتت هذه المقدمة، فصورة مسألتنا: فيمن علم أنه عليه كفارة واجبة وهو شاك في سبب وجوبها، هل وجبت بقتل أو ظهار؟ فإن أعتق ينوي به الكفارة الواجبة عليه، أجزأه مع الشك في الموجب، لأن التعيين لا يجب. وإن نوى العتق الواجب عليه ولم ينو أنه في الكفارة، لم يجزه لأن نية التكفير مستحقة، وإن كانت نية تعيين السبب غير مستحقه. فإن كان عيّن العتق ونوى أنه عن كفارة الظهار مع الشك فيه، لم يكن على يقين من أدائها لجواز أن تكون الكفارة عن قتل، ولا على يقين من بقائها لجواز أن تكون عن ظهار. فإن بان له بعد ذلك أنها عن ظهار أجزأه، لأنه قد تعين بالنية ما وجب عليه. وإن بان أنها عن قتل لم يجزه، لأنه قد تعين بالنية ما لم يجب عليه، فصار الواجب باقياً عليه.

فإن قيل: فهلا كان كمن شك في حدثه، هل هو من بول، أو نوم، فتوضأ ينوي حدث البول، ثم بان أنه عن نوم أجزأه؟

قيل: الفرق بينهما: أن رفع الحدث الواحد رافع لجميع الأحداث، وليست الكفارة

الواحدة رافعة لجميع الكفارات. ولو علم أنه عليه عتق رقبة وشك فيها، هل وجبت عليه عن قتل أو ظهار أو نذر، فأعتق رقبة ينوي بها العتق الواجب عليه، لم يجزه لما ذكرنا من أن نية التكفير مستحقة في العتق. ولو نوى بها العتق عن التكفير، نظر في عتق النذر: فإن كان مستحقاً في نذر اللجاج الخارج مخرج الأيمان أجزأه هنا العتق، لأن العتق في هذا النذر تكفير أيضاً. وإن كان نذر مجازاة أو تبرر لم يجزه، لأنه لا يكون العتق فيه تكفيراً وقيل له: أنت على غير يقين من أدائها، ولا من بقائها في النذر وحده. فإن أعتق رقبة ثانية ينوي بها عتق النذر وحده أجزأه، وسقطت الكفارة يقيناً عن ذمته، لأن عتق التكفير قد سقط بالعتق الأول، وإن لم يتعين وعتق النذر قد سقط الثاني المعين.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ارْتَدَّ قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ، فَأَعْتَقَ عَبْداً عَنْ ظِهَارِهِ، فَإِنْ رَجَعَ أَجْزَأَهُ لأَنَّهُ فِي مَعْنَى دَيْنٍ أَدَّاهُ أَوْ قِصَاصٍ أُخِذَ مِنْهُ أَوْ عُقُوبَةٍ عَلَى بَدَنِهِ لِمَنْ وَجَبَتْ لَهُ. وَلَوْ صَامَ فِي رِدَّتِهِ لَمْ يُجْزِئْه، لأَنَّ الصَّوْمَ عَمَلُ البَدَنِ، وَعَمَلَ البَدَنِ لاَ يُجْزِىءُ إلاَّ مَنْ يُكْتَبُ لَهُ.)[1].

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة: أن في ملك المرتد ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن ملكه باق ما كان حياً، وتصرفه فيه جائز.

والقول الثاني: أن ملكه زائل عن ماله، وتصرفه فيه مردود.

والقول الثالث: أن ملكه موقوف مراعى، وكذلك تصرفه. فإن قُتل بالردة، علم زوال ملكه وفساد تصرفه بنفس الردة، وإن عاد إلى الإسلام، علم أن ملكه كان باقياً وتصرفه جائزاً. ولتوجيه هذه الأقاويل موضع من كتاب الردة.

فإذا ثبت ما وصفنا منها، وكان على المرتد كفارة من قتل أو ظهار وجبت عليه قبل ردته، فإن قيل: بأن ملكه فيه ثابت وتصرفه فيه جائز، أو قيل: إنهما على الوقف والمراعاة، جاز له إخراج الكفارة من ماله.

وإن قيل: إن ملكه زائل وتصرفه مردود، ففي جواز تكفيره من ماله وجهان:

أحدهما: لا يجوز أن يكفر من ماله، كما لا تجب عليه زكاته.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

والوجه الثاني: وهو أصح: يجوز له أن يكفر من ماله وإن لم تجب عليه زكاته، لاستحقاق الكفارة في ماله قبل ردته كالديون.

والفرق بين الكفارة والزكاة: أن الزكاة لا تجب عليه بعد ردته، والكفارة قد تجب عليه بعد ردته.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من جواز التكفير بعد الردة، فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن يكفر بالعتق، فيجزيه أن يعتق فيه مؤمنة قد كان لها مالكاً قبل الردة، أو يقول لمسلم: أعتق عبدك هذا المسلم عن كفارتي بكذا، فإن اشترى عبداً مسلماً فعلى قولين:

أحدهما: يصح الشراء، وينفذ العتق.

والثاني: يكون باطلاً وعتقه مردوداً. وإنما يصح منه العتق وإن كان قربة تفتقر إلى نية، لأنها من حقوق الأموال التي تنصرف إلى الآدميين فأشبهت قضاء الديون.

والقسم الثاني: أن يكون ممن يكفر بالصيام فلا يجزيه الصوم في الردة، لأنه من عبادات الأبدان المحضة التي لا تصح إلا من مسلم.

والقسم الثالث: أن يكون ممن يكفر بالإطعام، ففي جوازه منه وجهان:

أحدهما: يجوز منه الإطعام، لأنه من حقوق الأموال كالعتق.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يكفر بالإطعام، لأنه بدل من الصيام الذي لا يصح منه، فأجرى على البدل حكم المبدل. والله أعلم.

بَابُ مَا يُجْزِىءُ مِنَ العُيُوبِ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ(١)

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَمْ أَعْلَمْ أَحَداً مِمَّنْ مَضَى مِنْ أَهْلِ العِلْمِ وَلاَ ذُكِرَ لِي عَنْهُ وَلاَ بَقِيَ خَالَفَ فِي أَنَّ مِنْ ذَوَاتِ النَّقْصِ مِنَ الرِّقَابِ مَا لاَ يُجْزِىءُ، وَمِنْهَا مَا يُجْزِىءُ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ المُرَادَ بَعْضُهَا دُونَ بَعْضٍ، فَلَمْ أَجِدْ فِي مَعَانِي مَا ذَهَبُوا إِلَيْهِ إِلاَّ مَا أَقُولُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَجِمَاعُهُ؛ أَنَّ الأَغْلَبَ فِيمَا يُتَّخَذُ لَهُ الرَّقِيقُ العَمَلُ، وَلاَ يَكُونُ العَمَلُ تَامًّا حَتَّى تَكُونَ يَدَا المَمْلُوكِ بَاطِشَتَيْنِ، وَرِجْلاَهُ مَاشِيَتَيْنِ، وَلَهُ بَصَرٌ وَإِنْ كَانَ عَيْناً وَاحِدَةً)(٢).

قال الماوردي: وأصل هذا، أن الله تعالى أطلق تحرير الرقبة في كتابه بقوله ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾(٣) أطلقها ولم يصفها، فأجمع من تقدم الشافعي وعاصره: على أن عموم الإطلاق غير مستعمل، وأن من الرقاب ما يجزىء ومنها ما لا يجزىء، فكان العموم مخصوصاً.

وخالف داود من بعد فقال: العموم مستعمل، وجميع الرقاب تجزىء من معيب وسليم وناقص وكامل، تمسكاً بالعموم، واحتجاجاً بالتسوية بين الصغير والكبير، مع اختلافهما في النقص والكمال.

وهذا خطأ مدفوع بإجماع من تقدمه. ولما روي أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ برقبة سوداء فقال: «يا رسولَ الله عليَّ عتقُ رقبةٍ أفأعتقُ هذه؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أينَ اللهُ؟» فأشارت إلى السَّماء فقال لها: «مَنْ أنا؟» فأشارت إليه وإلى السَّماء تعني: رسولَ الله فقال: «أعْتِقْهَا فإنها مؤْمِنَةٌ»(٤) فدل سؤال السائل عنها وامتحان النبي ﷺ لها على أن العموم مخصوص، وأن من الرقاب ما يجزىء ومنها ما لا يجزىء، فبطل به قول داود: إن كل الرقاب تجزىء. ولأن الله تعالى أطلق في الكفارة ذكر العتق والإطعام، ثم كان عموم الإطعام مخصوصاً في أن لا يجزىء منه إلا مقدر، ولا يجزىء ما انطلق عليه الإسم من

---

(١) في المختصر: «باب ما يجزىء من العيوب في الرّقاب الواجبة من كتابي الظهار: قديم وجديد».
(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٥.
(٣) سورة المجادلة، الآية: ٣.
(٤) سبق تخريجه.

إطعام لقمة وكسرة. وكذلك العتق، يجب أن يكون مخصوص العموم بما يقتضيه مقصود التحرير.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فمقصود العتق في الكفارة هو: تكميل الأحكام، وتمليك المنفعة: فأما تكميل الأحكام فهو: أن يصير بالحرية جائز الشهادة، ثابت الولاية، ماضي التصرف.

وأما تمليك المنفعة، فهو: أن يصير بالحرية مالكاً لمنافع نفسه، فإن كان العتق في غير كفارة، جاز أن يكون ناقص المنافع، لأنه تطوع وإن كان في كفارة، وجب أن يكون كامل المنافع لأمرين:

أحدهما: أنهم أجمعوا على أن من ذوات العيوب ما يجزىء كالبرصاء، والحمقاء، والقبيحة، والمقطوعة الخنصر أو البنصر. وأن من ذوات العيوب التي لا تجزىء: العمياء، والمقعدة، والمقطوعة اليدين والرجلين، فدلنا ذلك من إجماعهم على أنهم راعوا ما أثَّر في العمل، ولم يراعوا ما أثَّر في الأثمان.

والثاني: أن المقصود من العبيد هو: العمل. لأنهم مرصدون لخدمة، أو تكسب، والنقصان من مقصود الشيء هو المؤثر فيه كالبيع، لما كان مقصوده الثمن كان ما أثر في نقصانه عيباً يوجب الخيار، وما لا يؤثر فيه لم يكن عيباً ولا يستحق فيه الخيار. كالنكاح لما كان مقصوده الاستمتاع، كان ما أثر فيه من العيوب موجباً للخيار، وما يؤثر فيه لم يوجبه. كذلك العتق في الكفارة، لما كان مقصوده تمليك العمل كان ما أثر فيه من العيوب مانعاً من الإجزاء، وما لم يؤثر فيه أجزأ. فثبت بهذين أن كل عيب أضر بالعمل إضراراً بيناً منع من الإجزاء في الكفارة. وما لم يؤثر فيه لم يمنع من الإجزاء فيها.

فصل: فإذا استقر ما أصَّلناه من هذه القاعدة، فمن العيوب التي لا تجزىء فيما تعلق بالعتق: العمى لأنه من أبلغ النقص في الإضرار بالعمل، فلا تجزىء العمياء. فأما الحولاء والعمشاء والعوراء فتجزىء، لأن كل ذلك غير مضر بالعمل. فأما ضعف البصر، فإن كان يمنع من معرفة الخط وإثبات الوجوه القريبة منع من الإجزاء، وإن كان لا يمنع من ذلك أجزأ.

فصل: وأما نقص الأطراف، فإن كان مقطوع اليدين أو مقطوع الرجلين فلا خلاف أنه لا يجزىء، وإن كانت إحدى يديه مقطوعة أو إحدى رجليه لم تجزه عندنا.

وقال أبو حنيفة: تجزيه. وهكذا يقول فيمن قطعت إحدى يديه وإحدى رجليه من خلاف أجزأ، وإن كان من شق واحد لم تجزه. لأن ذهاب أحد العضوين لم يسقط منفعة الجنس، فأجزأ كالعوراء.

وهذا خطأ، لأن قطع إحدى اليدين مضر بالعمل إضراراً بيناً، فوجب أن يمنع من الإجزاء كقطعهما معاً. ولأن أبا حنيفة موافق على أن قطع الإبهامين يمنع من الإجزاء، فقطع إحدى اليدين أو الرجلين وفيهما زيادة على الإبهامين أولى أن يمنع من الإجزاء. فأما العَور فأجزأ، لأنه غير مضر بالعمل ولا مؤثر فيه، واستدلاله ببقاء منفعة الجنس يفسد عليه بقطع إحدى اليدين والرجلين من شق.

فصل: وأما قطع الأصابع، فإن كان القطع في إحدى ثلاث: الإبهام، أو السبابة، أو الوسطى، فقطع إحدى هذه الثلاث مانع من الإجزاء، لأن لكل واحدة منهن تأثيراً في العمل. فإن كان القطع في إحدى أصبعين وهي الخنصر أو البنصر، فقطع إحداهما لا يمنع من الإجزاء، لأنه لا يضر بالعمل إضراراً بيناً، فإن قطعتا معاً، نظر: فإن قطعتا من يد واحدة لم تجزه، وإن كانتا من يدين أجزأ.

فأما أصابع الرجل، فقطع الإبهام منها مانع من الإجزاء، لأن فقدها من الرجل مضر بالمشي، كما أن فقدها من اليد مضر بالبطش. وأما غير الإبهام من أصابع الرجل إذا قطع أحدها من سبابة أو وسطى أو خنصر أو بنصر، لم يمنع من الإجزاء، بخلاف اليد؛ لأن منافعها من الرجل متقاربة، وفي اليد متفاضلة، فإن جمع بين أصبعين منهما في رجل واحدة، منع من الإجزاء، لأن اجتماعهما مضر بالمشي، وشلل الأصبع يقوم مقام قطعها، وكذلك شلل اليد والرجل.

فصل: وأما قطع الأنامل. فإن قطعت أنملتان من أصبع، كان قطعها كقطع تلك الأصابع. فإن قطعتا من إحدى الأصابع الثلاث: الإبهام، أو السبابة، أو الوسطى، لم تجزه. وإن قطعتا من إحدى أصبعين، البنصر أو الخنصر أجزأ. وإن قطع أنملة واحدة من أصبع، نظر: فإن كانت من الإبهام لم تجزه، لأنها ذات أنملتين يذهب بإحداهما أكثر منافعها. وإن كانت من إحدى الأصابع الأربع ذوات الأنامل الثلاث، أجزأ لأنه قد بقي أكثرها، فبقي أكثر منافعها. والله أعلم.

فصل: وأما الجب والخِصاء فلا ينفعان من الإجزاء، لأنهما لا يضران بالعمل. وكذلك

جدع الأنف، وقطع الأذن. فأما شجاج الرأس وجراح البدن، فإن اندملت مع سلامة الأعضاء لم تمنع من الإجزاء، وإن شانت لأنها غير مضرة بالعمل. وإن لم تندمل أجزأ ما دون مأمومة الرأس وجائفة البدن، لأنها غير مخوفة ولم يجز منها مأمومة الرأس وجائفة البدن، لأنهما قبل الاندمال مخوفتان.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيَكُونُ يَعْقِلُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن بالعقل تصح الأعمال وتستقيم الأحوال. فإن كان مجنوناً قد أطبق عليه الجنون، لم يجزه لفوات عمله. وإن كان يجن في زمان ويفيق في زمان، نظر: فإن كان زمان جنونه أكثر من زمان إفاقته، لم يجزه. فإن كان زمان إفاقته أكثر من زمان جنونه، نظر: فإن بقي في زمان إفاقته سَدَراً مضعوفاً لا يقدر على العمل إلا بعد حين، لم يجزه. وإن زال عنه السدر بالإفاقة، وقدر على التصرف في العمل، أجزأه.

فأما الأبله، فإن كان بله بلادة ودهش لم يجزه لتأثيره في العمل، وإن كان بله سلامة وقلة فطنة أجزأه.

فأما المغمى عليه فيجزىء لأن الإغماء مرض يرجى برؤه.

وأما الأحمق، فيجزىء. وهو الذي يضع كلامه في غير موضعه، فيأتي بالحسن في موضع القبيح، وبالقبيح في موضع الحسن، وهذا غير مضر بالعمل، فأجزأ.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ أَبْكَمَ أَوْ أَصَمَّ يَعْقِلُ، أَوْ أَحْمَقَ أَوْ ضَعِيفَ البَطْشِ قال فِي القَدِيمِ: الأَخْرَسُ لَا يُجْزِىءُ قال المزني: أَوْلَى بِقَوْلِهِ إِنَّهُ يُجْزِىءُ. الفصل)[2].

قال الماوردي: فأما الأصم فيجزىء، لأن الصمم لا يؤثر في العمل.

وأما الأخرس فقال الشافعي في الجديد: يجزىء، وقال في القديم: لا يجزىء، فكان المزني يحمل ذلك على اختلاف قولين. وذهب سائر أصحابنا: إلى أنه على اختلاف حالين، واختلفوا فيهما على وجهين:

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٥. وتتمة الفصل: «لأن أصله، أنّ ما أضرّ بالعمل ضرراً بيّناً لم يجز، وإن لم يضرّ كذلك أجزأ. قال: والذي يجنُّ ويفيقُ يجزىء وإن كان مطبقاً لم يجزىء، ويجوز المريض لأنه يرجى والصغير كذلك».

أحدهما: أن قوله في القديم: لا يجزىء، إذا كان أبكم قد جمع بين الخرس والصم، لأنهما نقصان يضر اجتماعهما بالعمل. وقوله في الجديد: إنه يجزىء، إذا انفرد بالخرس دون الصم.

والثاني: أن اختلاف حاليهما، إن قوله في القديم: لا يجزىء، محمول على أنه لا يفهم الإشارة في خرس، وقوله في الجديد: يجزىء، محمول على أنه يفهم الإشارة في خرسه.

وأما الضعيف البطش لضؤولة جسمه ودقة عظمه، فإن ضعف بطشه قد فوت أكثر عمله لم يجزه، وإن كان قد فوت أقله أجزأه.

وأما المريض، فإن كان مرجو البرء أجزأ، وإن مات لأنه قلَّ ما يخلو جسم من مرض. وإن كان مخوفاً لم يجزه، وإن كان عاش. وأما علو السن، فإن أفضى للهرَم وذهاب البطش لم يجزه، وإن كان ناهض الحركة ظاهر البطش أجزأه.

فأما الطفل الصغير فيجزىء، وإن كان ابن يومه. لأنه متوجه إلى الزيادة والكمال، فأشبه المرض المرجو. وقد ذكرنا الفرق بينه وبين الغرة في دية الجنين.

وأما الأعرج، فإن كان مقصراً في مشيه مؤثراً في حركته لم يجزه، وإن كان بخلافه أجزأه.

ويجزىء الأغشم والأخشم، وعتق غير ذي الصناعة، وعتق الفاسق، وولد الزنا.

وقال الزهري: والأوزاعي: لا يجزىء عتق ولد الزنا لقول النبي ﷺ: **«ولد الزنا شر الثلاثة»**[1].

وهذا مذهب فاسد، لأن المقصود في عتق الكفارة سلامة الدين والعمل، وليس ولادته من ريبة مؤثر في أحدهما، فلم يمنع الإجزاء.

فأما الخبر ففيه أربعة تأويلات:

أحدها: شر الثلاثة ذِكْراً، لأنه يذكر أبداً أنه ولد زنا إذا سئل عن أبيه.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه أبو داود في العتق (٣٩٦٣) وزاد: «وقال أبو هريرة: لأن أمتعّ بسوطٍ في سبيل الله عزّ وجل أحبّ إليّ من أن أعتق ولد زانية».

والثاني: شر الثلاثة نسباً، لأنه لا ينسب إلى أب.

والثالث: شر الثلاثة إن كان زانياً، لأنه قد يجمع بين الزنا وفساد النسب.

والرابع: أنه ذكر ذلك على طريق التعريف، لأنه كان واحداً من ثلاثة، وقد عرفه بالشر فقال: ولد الزنا منهم هو شرهم، كما يقال: المشتمل بثوبه هو شر الجماعة، لا لاشتماله بالثوب، ولكن نبه عليه باشتمال الثوب. والله أعلم.

بَابَ مَنْ لَهُ الكَفَّارَةُ بِالصِّيَامِ(١)

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (مَنْ كَانَ لَهُ مَسْكَنٌ وَخَادِمٌ لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا وَلاَ مَا يَشْتَرِي بِهِ مَمْلُوكاً كَانَ لَهُ أَنْ يَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ)(٢).

قال الماوردي: وأصل هذا، أن العتق في كفارة الظهار والقتل على الترتيب، لا يجوز أن يعدل عنه إلى الصيام إلا مع العجز عنه، ويلزمه العتق مع القدرة عليه بعد وجود كفايته. وإذا كان كذلك لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يقدر على الرقبة، ولا على قيمتها، فيجوز له أن يصوم بنصّ الكتاب وإجماع الأمة.

والقسم الثاني: أن يقدر على الرقبة أو على قيمتها وهو غير محتاج إليها، فعليه العتق، ولا يجزئه الصوم إجماعاً.

والقسم الثالث: أن يقدر على الرقبة أو على قيمتها وهو محتاج إليها، فقد اختلف الفقهاء في جواز تكفيره بالصيام على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه: أنه يجوز أن يكفر بالصيام، سواء وجد الرقبة أو قيمتها، ولا يلزمه العتق إذا كان محتاجاً إليهما.

والثاني: وهو مذهب مالك والأوزاعي: أنه لا يجزئه الصوم، سواء وجد الرقبة أو قيمتها، وعليه العتق وإن كان محتاجاً إليهما.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة: أنه مع الحاجة إليهما يكفر بالعتق إن كان واجداً للرقبة، وبالصوم إن كان واجداً للقيمة، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾(٣) وهذا واجد للرقبة فلم يجزه الصوم قال: ولأنه واجد لرقبة تجزىء في الكفارة، فلم يجز له الانتقال عنها إلى الصوم، كما لو وجدها فاضلة عن كفايته.

---

(١) في المختصر: «باب من له الكفارة بالصيام من كتابين».

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٥.

(٣) سورة المجادلة، الآية: ٤.

واستدل مالك والأوزاعي بأن الحقوق ضربان: حق الله تعالى، وحق الآدميين. ثم كانت حقوق الآدميين تستوفى من أصل المال ولا تقف على الفاضل عن الكفاية.

فحق الله تعالى، أول أن يستوفى من أصل المال ولا يقف على الفاضل عن الكفاية ودليلنا قول النبي ﷺ: «ابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ»[1] فجعل ما تعلق بنفسه وعياله مقدماً على غيره، فدل على أن صرفه في الكفاية أولى من صرفه في الكفارة.

ولأن النبي ﷺ دفع إلى الواطىء في شهر رمضان عرقاً من تمر ليطعمه ستين مسكيناً فقال: يا رسولَ الله والذي بعثَكَ بالحقِّ نبياً ما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا، فقال: «خُذْهُ فَكُلْهُ»[2] فجعله وعياله أحق به من الكفارة، فدل على تعلقها بالكفاية.

فإن قيل: فلم تسقط عنه الكفارة؟.

قلنا: الكفارة عند أبي حنيفة يلزم إخراجها على الفور، ولو وجبت لقدمت. ولأنها عبادة ذات بدل، فوجب إذا تعلقت بالمال أن تختص بالفاضل عن قدر الكفاية، كالطهارة إذا احتاج إلى الماء لعطشه جاز له التيمم مع وجوده. وإن شئت عللت بغير هذه العلة، فقلت: لأن حاجته تستغرق ما معه، فوجب أن يكون كالعادم في الانتقال إلى البدل.

أصله: ما ذكرنا من خائف العطش في الطهارة. ولأن القدرة على البدل في حكم القدرة على المبدل، فلما تعلقت القدرة على قيمة الرقبة بالفاضل عن الكفاية، وجب أن تكون القدرة على الرقبة متعلقة بالفاضل عن الكفاية.

فأما الجواب عن قياسهم على وجودها فاضلة عن كفايته، فهو: أن المعنى فيه أنه لم تستغرق حاجته.

وأما الجواب عن جمع مالك بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن حقوق الآدميين لا تجب إلا عن معاوضة من: بيع، أو إجارة، أو صداق، أو قرض، أو أرش جناية، فأكدت. وحقوق الله تعالى تجب ابتداء، فخففت.

والثاني: أن حقَّ الله تعالى في الكفارة بدل، فكان أخف وليس لحق الآدمي بدل، فكان أغلظ.

---

(١) سبق تخريجه في الزكاة والصدقات.

(٢) سبق تخريجه في الزكاة والصدقات.

والثالث: أن حق الله تعالى أوسع، ولذلك تعلقت الزكاة بمال دون مال. وحق الآدمي أضيق، فلذلك تعلق بكل مال.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من تعلق العتق بوجود الفاضل عن الكفاية، فمن كفايته: الثياب التي يلبسها لأنه لا غنى لأحد عنها، وداره التي يسكنها لأنه لا يجد منها، وأما رقبة يستخدمها، فإن كان محتاجاً إلى الخدمة لزمانة أو لم تجر عادة مثله إلا بالخدمة، فالرقبة من عبد أو أمة من جملة كفايته. فإن كان غير محتاج إليها ولم تجر عادة مثله بالخدمة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها لا تضاف إلى كفايته وتكون فاضلة عنه يلزمه التكفير بها.

والثاني: أنها من كفايته لكونها من كفاية غيره، ولأن من يخدم نفسه فلعدم القدرة على من يخدمه.

وأما المادة فهي من كفايته التي لا يستغنى عنها، ولا يلزم بدنه إلا بها، وهي من إحدى ثلاث جهات: إما من استغلال عقار، أو ربح تجارة، أو كسب صناعة.

فأما استغلال العقار، فقد يكون تارة أرضاً تزرع، وتارة شجراً تستثمر، وتارة أبنية تؤاجر. ومثله: أن يكون ماشية تحتلب، فإن ملك من هذه الأصول ما تكون غلته وفق كفايته من غير زيادة، كانت هذه الأصول من جملة كفايته فيجزيه الصوم ولا يلزمه العتق. وإن ملك منها ما غلته أكثر من كفايته، كانت زيادتها خارجة عن كفايته، فإن بلغت زيادة أصولها قيمة الرقبة، كفر بالعتق دون الصوم. وإن نقصت عن قيمة الرقبة، كفر بالصوم، ولا يحل له أخذ الزكاة.

وأما ربح التجارة، فإن كان يملك من رأس المال ما يكون ربحه وفق كفايته كان رأس المال من جملة الكفاية، ويكفر بالصوم دون العتق. وإن كان رأس المال زائداً عن القدر الذي يكتفي بربحه، كانت الزيادة خارجة عن كفايته، فيصرفها في عتق كفارته.

وأما كسب الصناعة، فإن كان وفق الكفاية كفر بالصوم، ولم يحل له أخذ الزكاة، وإن كان أكثر من الكفاية، نظر في زيادة الكسب: فإن قلّت وكانت لا تجتمع فتبلغ قيمة الرقبة إلا في زمان طويل ينسب فيه إلى تأخير التكفير عن وقته، لم يلزمه جمعها للعتق، وجاز أن يكفر بالصوم. وإن كان إذا جمعت في قليل الزمان الذي لا ينسب فيه إلى تأخير

التكفير، بلغت قيمة الرقبة كثلاثة أيام وما قاربها، ففي وجوب جمعها للتكفير بالعتق وجهان:

أحدهما: يلزمه جمعها والتكفير بالعتق، لأنه قادر عليه في زمان لا ينسب فيه إلى تأخير التكفير، فصار كالقادر عليها في الوقت.

والوجه الثاني: وهو أشبه، أنه لا يلزمه جمعها للعتق، ويجوز أن يكفر بالصوم لأنه في وقت الوجوب غير قادر على العتق. فعلى هذا، إن لم يدخل في الصوم حتى جمع فاضل الكسب فبلغ قيمة الرقبة ففيه قولان:

أحدهما: يكفر بالعتق اعتباراً بوقت الأداء.

والقول الثاني: يكفر بالصوم اعتباراً بوقت الوجوب.

فصل: وإن كان له مسكن يزيد على مسكن مثله، وخادم يزيد على خادم مثله، وثياب تزيد على ثياب مثله، نظر في الزيادة: فإن لم تبلغ قيمة الرقبة لم يلزمه الاستبدال بذلك، وجاز أن يكفر بالصوم. وإن بلغت زيادة أثمانها قيمة الرقبة، لزمه الاستبدال بها، وباع مسكنه أو خادمه أو ثيابه، واشترى من أثمانها مسكن مثله وخادم مثله وثياب مثله، وصرف فاضل الأثمان في التكفير بالعتق. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ أَفْطَرَ مِنْ عُذْرٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ صَامَ تَطَوُّعَاً أَوْ مِنَ الأَيَّامِ الَّتِي نَهَى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمْ عَنْ صِيَامِهَا اسْتَأْنَفَهُمَا مُتَتَابِعَيْنِ وَقَالَ فِي القَدِيمِ: إِنْ أَفْطَرَ المَرِيضُ بَنَى. إلى آخر الفصل من كلام المزني)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عليه أن يصوم في الظهار شهرين متتابعين لقول الله تعالى ﴿فصيام شهرين مُتَتَابِعَيْنِ﴾ كذلك في كفارة القتل بالوطء في شهر رمضان، فإن أفطر فيهما فعلى ضربين: بعذرٍ، أو غير عذر.

فإن أفطر بغير عذر، انقطع التتابع، وبطل به ما تقدم من الصوم، ولزمه أن يستأنف

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٥. وتتمة الفصل: «واحتج في القاتلة التي عليها صوم شهرين متتابعين إذا حاضت افطرت فإذا ذهب الحيض بنت وكذلك المريض إذا ذهب المرضى بنى قال المزني رحمه الله وسمعت الشافعي منذ دهر يقول: إن أفطر بنى قال المزني رحمه الله: وإن هذا لشبيه لأن المرض عذر وضرورة والحيض عذر وضرورة من قبل الله عز وجل يفطر بهما في شهر رمضان وبالله التوفيق».

صوم شهرين متتابعين؛ لأنه أمر بالصوم على صفة. فإذا كان بخلاف الصفة، لم يقع موقع الإجزاء. وكذلك لو صام في تضاعيف الشهرين تطوعاً أو عن نذر أو قضاء، بطل به التتابع وإن كان صائماً، لأن التتابع مستحق لصوم الظهار لا لغيره. فإذا تخلله غيره، زال عنه صفته المستحقة، فبطل به التتابع وجرى صومه عن غيره مجرى فطره في حكم صوم الظهار. وإن اعتد بما نواه من الصيام، وكان عليه أن يستأنف صوم شهرين متتابعين؛ لأن بطلان التتابع قد أفسد ما تقدمه من الصوم. وإن أفطر بعذر، فالأعذار ضربان:

أحدهما: ما اختص به في نفسه.

والثاني: ما اختص بالزمان.

فأما ما اختص به في نفسه، فالأعذار التي يفطر بها في صومه ستة أعذار:

أحدها: الحيض. وهذا لاختصاصه بالنساء لا يكون في صوم الظهار، لاختصاص صوم الظهار بالرجال دون النساء، ولكنه يكون في صوم كفارة القتل والوطء في صوم رمضان، والصوم في هذه الكفارات الثلاث واحد لاستحقاق التتابع في الشهرين المستحقين، فبدأ بالحيض لأنه أصل يبنى عليه حكم غيره من الأعذار. فإذا وجد الحيض في صوم الشهرين المتتابعين، بطل به الصوم في زمانه لاستحقاقه الفطر به ومنافاة الصوم له، ولم يبطل به التتابع، ولا ما تقدم به من الصوم، وجاز البناء بعد انقطاع الحيض على ما تقدم من الصوم لأربعة معان:

أحدها: لأنه فطر بعذر، فخالف حكم الفطر بغير عذر.

والثاني: أنه سبب وقع بغير اختيار، فخالف حكم الفطر عن اختيار.

والثالث: أن زمانه ينافي الصوم فأشبه الليل، وخالف الزمان الذي لا ينافي الصوم.

والرابع: أنها لا تقدر في الأغلب من عادات النساء أن تصوم شهرين لا حيض فيهما، فلم تكلف ما لا قدرة لها عليه، وكذلك فطرها بالنفاس لا يقطع به التتابع، وقد كان يقتضي على التعليل الرابع أن يبطل به التتابع لأنه ليس بغالب، وتقدر على صوم شهرين لا نفاس فيهما، وإن لم تقدر على صوم شهرين لا حيض فيهما، لكن حكم النفاس ملحق بالحيض فأجرى عليه حكمه، وإن أخل ببعض علله.

والعذر الثاني: المرض. وهو مبني على الحيض، فإذا أفطر به في صوم الشهرين ففي بطلان تتابعه قولان:

أحدهما: قاله في القديم واختاره المزني: إنه لا يبطل به، يجوز البناء تعليلاً بمعنيين من الأربعة:

أحدهما: أنه فطر بعذر.

والثاني: أن سببه واقع بغير اختيار.

والقول الثاني: قاله في الجديد: إن التتابع قد بطل تعليلاً بمعنيين من الأربعة:

أحدهما: أن المرض لا ينافي الصوم، بخلاف الحيض. لأن الصوم في المرض مجزىء، وفي الحيض غير مجزىء.

والثاني: أنه يمكن في الأغلب صوم شهرين لا مرض فيهما، ولا يمكن في الأغلب صوم شهرين لا حيض فيهما.

والعذر الثالث: الفطر بالسفر، وهو مبني على الفطر بالمرض.

فإن قيل: إن الفطر بالمرض يقطع التتابع، كان الفطر بالسفر أولى أن يقطع التتابع لوجود علتين وهما: أنه لا ينافي الصوم، وأنه يمكن في الأغلب خلوه من السفر.

فإن قيل: إن المرض لا يبطل التتابع لعلتين، فهل يبطله الفطر بالسفر أم لا؟ على قولين لاختلاف العلتين:

أحدهما: لا يبطل التتابع، تعليلاً بأنه فطر بعذر فاستويا.

والقول الثاني: يبطل التتابع، تعليلاً بأنه سبب وقع باختيار، فخالف المرض الواقع بغير اختيار.

والعذر الرابع: الفطر بالجنون والإغماء، وهو مبني على الفطر بالمرض.

فإن قيل: إنه لا يبطل التتابع، كان الفطر بالجنون والإغماء أولى أن لا يبطل التتابع لوجود علتيه وهما: العذر، ووقوع سببه بغير اختيار.

وإن قيل: إن الفطر بالمرض يبطل التتابع بعلتين، فهل يبطله الفطر بالجنون والإغماء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يبطله، تعليلاً بإمكان خلوه في الأغلب من صوم الشهرين.

والقول الثاني: لا يبطله، تعليلاً بأنه ينافي الصوم كالحيض ولا ينافيه المرض،

بخلاف الحيض، فصار المرض موافقاً للحيض في علتين، ومخالفاً له في علتين، فلذلك كان على قولين والسفر موافق للحيض في علة واحدة، ومخالف له في ثلاث علل، فلذلك كان أضعف من المرض، والجنون. والإغماء موافق للحيض في ثلاث علل، ومخالف له في علة واحدة، فلذلك كان أقوى من المرض.

والعذر الخامس: الحامل والمرضع إذا أفطرتا بالحمل والرضاع، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون لخوف على أنفسهما فهو كالفطر بالمرض، فيكون بطلان التتابع به على قولين.

والضرب الثاني: أن يكون لخوفهما على أولادهما.

فإن قيل: فالخوف على النفس يبطل التتابع، فهذا أولى لوجود علتين. **وإن قيل**: إن الخوف على النفس لا يبطل التتابع لعلتين، فهذا على وجهين:

أحدهما: أنه لا يبطل، تعليلاً بأنه فطر بعذر.

والثاني: يبطل، تعليلاً بأنه سبب وقع عن اختيار، فصار القول فيه كالقول في السفر.

والعذر السادس: الإكراه وهو ضربان:

أحدهما: أن يكره على الأكل، بأن يوجر في حلقه كرهاً فلا يفطر، وهو على صومه وتتابعه.

والضرب الثاني: أن يكره بالضرب وما يصير به مكرهاً ليأكل، فيأكل مكرهاً عليه بالضرب، ففي فطره بذلك قولان من اختلاف قوله في الحالف إذا أكره على الحنث: هل يصير حانثاً، أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه لا يحنث في يمينه، ولا يفطر في صومه. فعلى هذا، هل يكون على تتابعه أم لا؟ على قولين لوجود علتين وعدم علتين كالمرض:

أحدهما: لا يبطل، لأنه عذر، ولأن سببه عن غير اختيار.

والقول الثاني: يبطل، لأنه لا ينافي الصوم، ولإمكان خلو الصوم منه.

فأما الأكل ناسياً فلا يفطر، لأن التحرز منه غير ممكن، ولأن وجود مثله في القضاء لا يؤمن وإذا كان على صومه كان على تتابعه.

فصل: وأما الأعذار المختصة بالزمان، فأربعة:

أحدها: شهر رمضان، يمنع من صوم غيره فيه.

والثاني: يوم الفطر، ويمنع من جميع الصيام فيه.

والثالث: يوم النحر، وهو كيوم الفطر يمنع من جميع الصوم.

والرابع: أيام التشريق الثلاثة، لا يجوز صيامها تطوعاً، وفي جواز صومها في كفارة التمتع قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: يجوز، لقول الله تعالى: ﴿**فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ**﴾[1].

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: لا يجوز، لقول النبي ﷺ: «**إنها أيّامُ أكْلٍ وشُرْبٍ وبعالٍ فلا تَصُوموا**»[2] فإن منع من صومها في التمتع منع منها في كل صوم، وكانت كيوم الفطر ويوم النحر. وإن جوز صومها في التمتع، ففي جواز صومها في غيره من واجبات الصوم وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا: لا يجوز، لعموم تحريمها واستثناء التمتع منه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن جواز صومها في التمتع موجب لجواز ذلك في كل صوم له سبب.

وإذا كان كذلك، فاثنان من هذه الأربعة يختصان بقطع صوم الظهار وهما: صوم شهر رمضان، وصوم يوم النحر. لأنه ليس يتقدمهما ما يقطع الصوم، فصارا قاطعين للصوم. أما صوم رمضان فلأنه لا يجزىء عن صوم الظهار، لأنه إن نوى صوم الظهار لم يجزه عنه، لأن الزمان يمنع منه. وإن نوى عن رمضان أجزأه عن رمضان، لأنه نواه ولم يجز عن الظهار.

وأما يوم النحر فلمنافاته كل الصيام بوجوب الفطر فيه، ثم يقطعان التتابع، لأنه أدخل ذلك على صومه باختياره لإمكان تقديمه عليهما، فصار كالمفطر بغير عذر.

وأما يوم الفطر وأيام التشريق فلا يصح أن ينقطع الصوم بهما. أما يوم الفطر، فيتقدمه شهر رمضان المختص بقطع الصوم. وأما أيام التشريق، فيتقدمها يوم النحر المختص بقطع الصوم، فلذلك لم يصر هذان الصومان مختصين بقطع صوم الظهار بوجودهما في

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٦.

(٢) سبق تخريجه في الحج والصوم.

تضاعيف، ولكن يجوز أن يختصا بمنع ابتداء صوم الظهار. فإن صام أول شوال حتى دخل في صومه يوم الفطر، لم يعتد به وحده، وبنى على ما بعده حتى يستكمل صوم شهرين متتابعين.

وأما أيام التشريق إذا ابتدأ بها في صوم ظهاره، فإن قيل بمذهب أبي إسحاق المروزي: إنه يجوز صومها فيما له سبب، جاز صومها في كفارة الظهار، ولم يمنع ابتداء الصيام، وجاز له البناء عليها. وإن قيل: لا يجوز صومها فيما له سبب وما لا سبب له، منعت ابتداء الصيام، وجاز البناء على ما بعدها حتى يستكمل صوم شهرين متتابعين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا صَامَ بِالأَهِلَّة، صَامَ هِلاَلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ تِسْعَةً أَوْ ثَمَانِيَةً وَخَمْسِينَ)(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح. وليس يخلو حاله في صوم الشهرين من أحد أمرين: إما أن يبتدىء في أول الهلال، أو في تضاعيفه.

فإن بدأ به في أوله واستهل الشهر بصومه، فعليه أن يصوم هلالين، لأن شهور الشرع هي الشهور الهلالية. لقول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾(٢) وشهور الأهلة قد تكمل تارة فتكون ثلاثين يوماً، وتنقص أخرى فتكون تسعة وعشرين يوماً، وحكم الشهر ينطلق على كل واحد منهما مع زيادته ونقصه.

روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**الشَّهَرُ هكذا وهكذا وهكذا وأشارَ بأصابعِهِ العشر، يعني: ثلاثين يوماً ثم قال: والشهرُ هكذا وهكذا وهكذا وأشارَ بأصابعهِ العشرِ وثَنَى إِبْهامَهُ في الثالثة كأنها عقد خمسين يعني: تسعة وعشرين**»(٣) وقالت عائشة رضي الله عنها: «**صُمنَا مع رسول الله ﷺ تسعةً وعشرين أكثر مما صُمْنا ثلاثين**»(٤) فإن كان شهرا صومه كاملين، صام ستين يوماً، وإن كانا ناقصين، صام ثمانية وخمسين يوماً. وإن كان أحدهما كاملاً والآخر ناقصاً، صام تسعة وخمسين يوماً.

فصل: وإن ابتدأ بالصوم في تضاعيف الشهر، كأنه بدأ بالصوم وقد مضى منه عشرة

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٨٩.

(٣) حديث عائشة: سبق تخريجه في الصوم.

(٤) حديث عائشة: سبق تخريجه في الصوم.

أيام، فكان أول صومه الحادي عشر فيصوم باقيه، ثم ينظر فيه: فإن كان كاملاً وكان باقيه عشرين يوماً، صام الشهر الذي بعده ما بين هلالين، كاملاً كان أو ناقصاً، ثم صام من الشهر الثالث عشرة أيام يستكمل بها الشهر الأول، وقد أكمل بها صوم الشهرين. وإن كان الشهر الأول ناقصاً وكان باقيه تسعة عشر يوماً، صام من الشهر الثالث أحد عشر يوماً يستكمل بها الشهر الأول ثلاثين يوماً، اعتباراً بكماله دون نقصانه.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يصوم من الشهر الثالث عشرة أيام هي عدة ما مضى من الشهر الأول قبل صومه، لأن الشهر الناقص لا يلزم تكميله، كما لو ابتدأ بالصوم من أوله.

وهذا فاسد، لأن الشهر إذا فات هلاله وجب عدده، وإذا عد وجب أن يستكمل ثلاثين يوماً لقول النبي ﷺ: «**صُومُوا لرُؤْيَته وأفطِرُوا لرؤيته فإنْ غُمَّ عليكُمَ فأكمِلُوا العدَّةَ ثلاثين**»[1] ولأن يعد ما صام أولى من أن يعد ما لم يَصُمَ، وقد صام تسعة عشر يوماً. وإن ترك من أوله عشرة أيام، فوجب أن يصوم أحد عشر يوماً ليكمل بها ثلاثين يوماً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يُجْزِئُهُ حَتَّى يُقَدِّمَ نِيَّةَ الصَّوْمِ قَبْلَ الدُّخُولِ)[2].

قال الماوردي: النية في صوم الظهار مستحقة قبل الفجر، لأنه صوم واجب، وعليه أن يجدد النية لكل يوم وإن كان تتابع الصوم مستحقاً، كما يلزمه تجديد النية لكل يوم من شهر رمضان. وهل يلزمه مع نية الصوم أن ينوي التتابع أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن عليه أن ينوي في كل ليلة تتابع الصوم، كما كان عليه أن ينوي الصوم، لأنه مأمور بالتتابع كما هو مأمور بالصوم. ثم كانت نية الصوم واجبة، فكذلك نية التتابع. فإن نوى الصوم ولم ينو التتابع، لم يجزه. ولأنه لما كان متابعة صلاتي الجمع لا تصح إلا بنية الجمع، كذلك متابعة صوم الكفارة لا تصح إلا بنية المتابعة.

والوجه الثاني: عليه نية التتابع في الليلة الأولى، ولا يلزمه تجديد النية في كل ليلة، بخلاف نية الصوم لأنه يخرج من الصوم بخروج اليوم فلزمه تجديد نية الصوم، ولا يخرج من التتابع بخروج اليوم فلم يلزمه تجديد نية التتابع.

والوجه الثالث: لا يلزمه نية التتابع بحال لا في جميعه، ولا في أوله. لأن تتابع

---

(١) سبق تخريجه في الصوم.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٦.

الصوم من شروطه وأحكامه، والعبادة إذا تضمنت شروطاً وأحكاماً أجزأت النية لها عن النية لشروطها وأحكامها، كالنية للصلاة تغني عن أن ينوي ما تضمنها من ركوع وسجود وشروط.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ نَوَى صَوْمَ يَوْمٍ فَأُغْمِيَ عَلَيْهِ فِيهِ، ثُمَّ أَفَاقَ قَبْلَ اللَّيْلِ أَوْ بَعْدَهُ، وَلَمْ يَطْعَمْ أَجْزَأَهُ إِذَا دَخَلَ فِيهِ قَبْلَ الفَجْرِ وَهُوَ يَعْقِلُ، فَإِنْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ قَبْلَ الفَجْرِ لَمْ يُجْزِئْهُ لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الصَّوْمِ وَهُوَ يَعْقِلُ. قال المزني: الفصل)[1].

قال الماوردي: أما الجنون فيبطل الصوم، سواء كان في جميع اليوم أو في بعضه، لأنه يسقط التكليف، وينافي العبادة. وأما الإغماء، فإن استدام في جميع اليوم أبطله، وإن لم يبطل بالنوم.

وقال المزني: لا يبطل بالإغماء، كما لا يبطل بالنوم.

وقال أبو سعيد الأصطخري: يبطل بالنوم كما يبطل بالإغماء.

والفرق بينهما أصح وهو: أن النوم صحة معتادة إذا نبه معها تنبه، فجرى عليه حكم اليقظة في صحة الصوم. والإغماء مرض يزيل التمييز ويفارق الشهوة ويفارق العادة ولا ينتبه إذا نبه، فصار بالجنون أشبه.

فأما إذا أغمي عليه في بعض اليوم وأفاق في بعضه، فالذي نص عليه الشافعي في هذا الموضع من كتاب الظهار: أنه إن كان مفيقاً في أول اليوم وعند طلوع فجره لم يفسد صومه بحدوث الإغماء من بعده، لأنه دخل في الصوم وهو يعقل. وإن كان أغمي عليه في أول اليوم وعند طلوع فجره، فسد صومه، وإن أفاق من بعده لأنه دخل فيه وهو لا يعقل.

وقال في كتاب الصيام: إن أفاق في بعض يوم، صح يومه.

وقال في اختلاف العراقيين: ولو حاضت أو أغمي عليها، بطل صومها. فخرج أصحابنا اختلاف هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه يبطل الصوم بوجود الإغماء في بعضه كالجنون.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٦. وتتمة الفصل: «رحمه الله: كل من أصبح نائما في شهر رمضان صام وإن لم يعقله إذا تقدمت نيته قال ولو أغمي عليه فيه وفي يوم بعده ولم يطعم استأنف الصوم لأن في اليوم الذي أغمي عليه فيه كله غير صائم ولا يجزئه إلا أن ينوي كل يوم منه على حدته قبل الفجر لأن كل يوم منه غير صاحبه».

والقول الثاني: أنه لا يبطل الصوم بالإغماء إذا وجدت الإفاقة في بعضه كالنوم.

والقول الثالث: إن كانت الإفاقة في أوله لم يبطل بحدوث الإغماء في باقيه، وإن كان الإغماء في أوله لم يصح بحدوث الإفاقة في باقيه.

وقال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي: لا يصح صومه مع الإغماء، إلا أن توجد الإفاقة في طرفيه: في أوله عند الدخول، وفي آخره عند الخروج. اعتباراً بوجود القصد في أول العبادة وآخرها، كما تلزم النية في الصلاة مع الدخول فيها والخروج منها.

فمن أصحابنا من جعل هذا قولاً رابعاً للشافعي، وأنكر الأكثرون منهم تخريجه قولاً للشافعي وجعلوه مذهباً لهما، وفرقوا بين أول الصوم وآخره: بأن أول الصوم تعتبر فيه النية فاعتبرت فيه الإفاقة، وآخره لا تعتبر فيه النية فلم تعتبر فيه الإفاقة، وقد مضت هذه المسألة في كتاب الصيام مستوفاة.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ صَامَ شَهْرَ رَمَضَانَ فِي الشَّهْرَيْنِ أَعَادَ شَهْرَ رَمَضَانَ)[1].

قال الماوردي: لا يخلو إذا صام شهر رمضان في شهري الظهار، من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقدم شهر رمضان في أول صومه. فيصوم شهر رمضان وشوال، فلا يجزيه شهر رمضان عن كفارته، ولا يوم الفطر من شوال، وبنى على ما بعده من شوال حتى يستكمل صوم شهرين، وعليه أن يقضي رمضان إن كان قد نواه عن كفارته.

والحال الثانية: أن يؤخر رمضان في آخر صومه، فيصوم شعبان ورمضان، فلا يجزيه صومهما. أما رمضان فلأن زمانه يمنع من إيقاع غيره فيه. وأما شعبان، فلأن رمضان قد أبطل تتابعه. وعليه أن يقضي صوم رمضان، ويستأنف صوم شهرين عن كفارته.

والحال الثالثة: أن يكون شهر رمضان في وسط صومه كأنه صام من نصف شعبان إلى نصف شوال، فيعتد من شوال بما بعد يوم الفطر منه، ويبني عليه تمام شهرين، ولا يعتد بما

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٦. وتتمة المسألة: «واستأنف شهرين قال وأقل ما يلزم من قال إن الجماع بين ظهراني الصوم يفسد الصوم لقوله تعالى ﴿من قبل أن يتماسا﴾ أن يزعم أن الكفارة بالصوم والعتق لا يجزئان بعد أن يتماسا قال: والذي صام شهراً قبل التماس وشهراً بعده أطاع الله في شهر وعصاه بالجماع قبل شهر بصومه وإن من جامع قبل الشهر الآخر منهما أولى أن يجوز من الذي عصى الله بالجماع قبل الشهرين معاً».

صام من شعبان لقطع تتابعه بشهر رمضان، ويعيد صوم رمضان لأنه صامه عن الظهار، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنَّمَا حُكْمُهُ فِي الكَفَّارَاتِ حِيْنَ يُكَفِّرُ كَمَا حُكْمُهُ فِي الصَّلَاةِ حِينَ يُصَلِّي)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن كفارة الظهار والقتل والوطء في شهر رمضان متماثلة، وأن أبدالها مرتبة يلزم فيها العتق، ولا يعدل عنه إلى الصوم إلا بالإعسار، ولا يعدل عن الصوم إلى الإطعام إلا بالعجز.

وإذا كان كذلك فقد اختلف قول الشافعي: هل يراعى بالكفارة حال الوجوب، أو حال الأداء؟ على ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع من كتاب الظهار: أن المراعى به حال الأداء، وبه قال أبو حنيفة. ووجهه شيئان:

أحدهما: أنه حق له بدل من غير جنسه، فوجب أن يعتبر بحال أدائه لا حال وجوبه، كالطهارة لأنها إذا وجبت عليه وهو واجد للماء فلم يستعمله حتى عدمه، جاز أن يتيمم؛ ولو وجبت عليه وهو عادم للماء فلم يتيمم حتى وجد الماء، وجب عليه أن يستعمله اعتباراً بحال الأداء في الحالين.

والثاني: أنه فرض يجوز له فعله بحسب حاله، فوجب أن يكون معتبراً بأدائه كالصلاة. لأنها لو وجبت عليه وهو صحيح فلم يصل حتى مرض، صلى صلاة مريض. ولو وجبت عليه وهو مريض فلم يصل حتى صح، صلى صلاة صحيح.

والقول الثاني: قاله في الأيمان: أن المراعى بها حال الوجوب. ووجهه قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[2] وهذه عبارة عما مضى، فدل على اعتبار حال الوجوب. ولأن الحدود كفارات، لقول النبي ﷺ: **«الحدودُ كفَّارات لأهلها»**[3] وقد ثبت أن المعتبر بالحدود حال الوجوب، لأنه لو زنى بكراً فلم يحد حتى أحصن حُدَّ حَدَّ البكر، ولو زنى وهو عبد فلم يحد حتى أعتق حُدَّ حَدَّ العبيد.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٦.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٤.

(٣) سبق تخريجه.

وتجويز ذلك قياساً: أنه حق وجب باسم التكفير، فوجب أن يعتبر به حال الوجوب كالمحدود. ولأن المال إذا ثبت في الذمة، لم يسقط بالإعسار كالديون والزكوات. ولأن وجوب الكفارة يقتضي أن يكون على صفة معلومة، لامتناع وجوب ما لا يعلم صفته. والحال صفتها يمنع من الانتقال عنها، لأنه يكون بدلاً وفسخاً لا يثبت إلا بدليل.

والقول الثالث: أن المراعى بها أغلظ أحواله من وقت الوجوب إلى وقت الأداء. ووجهه: أنه حق متوسع الوقت يثبت في الذمة بوجود المال، فوجب أن يعتبر بأغلظ الأحوال كالحج. ولأن وجوب الكفارة تغليظ، فوجب أن لا تنفك في أحوالها عن التغليظ. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه الأقاويل الثلاثة، فلا يخلو حاله من حين عوده في ظهاره إلى وقت تكفيره من ستة أحوال:

أحدها: أن يكون موسراً بالعتق في أحواله كلها، ففرضه العتق على الأقاويل كلها لأنه من أهله في الأحوال كلها.

والحال الثانية: أن يكون معسراً بالعتق في أحواله كلها، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون معسراً في كل البلاد، ففرضه الصوم على الأقاويل كلها، لأنه من أهله في الأحوال كلها.

والضرب الثاني: أن يكون معسراً في بلد تكفيره، موسراً في غيره، فالكفارات المختلفة باليسار والإعسار تنقسم قسمين:

أحدهما: ما كان محله معيناً مثل كفارة التمتع بالحج، فإذا كان معسراً بمكة موسراً في غيرها، أجري عليه حكم المعسر في جواز صوم اعتباراً بمكانه.

والقسم الثاني: ما كان محله غير معين فهو على ضربين:

أحدهما: أنه يجوز تأخيره ولا يلحقه بتأخيره ضرر، مثل كفارة القتل والحنث، فيجري عليه حكم الموسر، فلا يجوز أن يكفر بالصوم وإن لم يقدر على العتق في موضعه، لأنه قادر عليه في غير موضعه، وليس في تأخيره حرج ولا ضرر.

والضرب الثاني: أن يجوز تأخيره، لكن يلحقه فيه ضرر مثل: كفارة الظهار، قد يلحقه في تأخيرها ضرر. وإن جاز لما عليه من اجتناب الوطء قبل التكفير، ففيه وجهان:

أحدهما: يجري عليه حكم الموسر في التكفير بالعتق، لأنه قادر عليه إذا وصل إليه.

والوجه الثاني: يجري عليه حكم المعسر في التكفير بالصوم، لما يلحقه من الضرر في تأخير التكفير.

والحال الثالثة: أن يكون موسراً عند العود معسراً عند الأداء.

فإن قيل: الاعتبار بوقت الوجوب أو بأغلظ الأحوال، ففرضه العتق.

وإن قيل: الاعتبار بوقت الأداء ففرضه الصوم، وإن أعتق أجزأه لأن العتق أغلظ من التكفير بالصوم.

والحال الرابعة: أن يكون معسراً وقت العود موسراً عند التكفير.

فإن قيل: إن الاعتبار بوقت الأداء أو بأغلظ الأحوال، ففرضه العتق.

وإن قيل: إن الاعتبار بوقت الوجوب، ففرضه الصوم.

والحال الخامسة: أن يكون موسراً في الطرفين: وقت الوجوب وعند التكفير، ومعسراً في الوسط، ففرضه على الأقاويل كلها العتق، لأنه وقت الوجوب موسر، وعند الأداء موسر، وأغلظ الأحوال اليسار.

والحال السادسة: أن يكون معسراً في الطرفين، موسراً في الوسط.

فإن قيل: إن الاعتبار بوقت الوجوب أو بوقت الأداء، ففرضه الصوم.

وإن قيل: إن الاعتبار بأغلظ الأحوال، ففرضه العتق لأنه أغلظ أحواله. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ دَخَلَ فِي الصَّوْمِ ثُمَّ أَيْسَرَ، كَانَ لَهُ أَنْ يَمْضِيَ عَلَى الصِّيَامِ، وَالاخْتِيَارُ لَهُ أَنْ يَدَعَ الصَّوْمَ وَيَعْتِقَ)**[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا دخل الكفر في الصيام لاستدامة الإعسار، ثم أيسر في تضاعيف صومه، جاز أن يتم صومه، ويجزئه عن كفارته. فإن قطع صومه وكفر بالعتق، كان أفضل كالمتيمم إذا رأى الماء في تضاعيف صلاته كان مخيراً بين إتمامها وبين الخروج منها واستئنافها بالوضوء. وبه قال: مالك، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة والثوري والمزني: يلزمه قطع صومه والتكفير بالعتق، وكذلك

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٦.

المتيمم إذا رأى الماء في صلاته لزمه الخروج منها واستئنافها بالوضوء، وقد مضى الكلام في المتيمم في كتاب الطهارة وهو أصل في الكفارة. ومضى الكلام في الكفارة في كتاب الحج، إذا أيسر المتمتع في تضاعيف صومه تمم صومه وأجزأه.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن أيسر في صوم الثلاثة كفر بالدم، وإن أيسر في صوم السبعة جاز أن يبني على الصوم.

وقال المزني: يكفر بالدم سواء أيسر في صوم الثلاثة أو السبعة، لكن نقتصر على بعض الأدلة لما قد أورده المزني هاهنا من الأسئلة.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[1] فأوجب العتق فيه على من لم يجده صيام شهرين، وهذا قبل الدخول في الصوم، فاقتضى أن لا يجب عليه العتق بعد الدخول في الصوم. ولأنه شرع في الصوم بالإعسار، فلم يلزمه الانتقال بحدوث اليسار، كما لو أيسر في صوم السبعة. ولأن كل معسر لا يلزمه استئناف الصوم، لم يلزمه بحدوث اليسار الرجوع إلى بدل الصوم. أصله: إذا أيسر بعد استكمال الصوم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ الصَّوْمُ فَرْضَهُ مَا جَازَ اخْتِيَارُ إِبْطَالِ الفَرْضِ، وَالرَّقَبَةُ فَرْضٌ وَإِنْ وَجَدَهَا لاَ غَيْرَهَا كَمَا أَنَّ الوُضُوءَ بِالمَاءِ فَرْضٌ إِذَا وَجَدَهُ لاَ غَيْرَهُ وَلاَ خِيَارَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ. الفصل)[2].

قال الماوردي: فأما المزني فإنه أعرض لنصرة مذهبه بخمسة أسئلة:

---

(١) سورة المجادلة، الآيتان: ٣ و٤.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٦. وتتمة الفصل: «فلا يخلو الداخل في الصوم إذا وجد الرقبة من أن يكون بمعناه المتقدم فلا فرض عليه إلا الصوم فكيف يجزئه العتق وهو غير فرضه أو يكون صومه قد بطل لوجود الرقبة فلا فرض إلا العتق فكيف يتم الصوم فيجزئه وهو غير فرضه فلما لم يختلفوا أنه إذا أعتق أدى فرضه ثبت أن لا فرض عليه غيره وفي ذلك إبطال صومه كمعتدة بالشهور فإذا حدث الحيض بطلت الشهور وثبت حكم الحيض عليها ولما كان وجود الرقبة يبطل صوم الشهرين كان وجودها بعد الدخول في الشهر يبطل ما بقي من الشهور وفي ذلك دليل أنه إذا وجد الرقبة بعد الدخول بطل ما بقي من الشهرين. وقد قال الشافعي رحمه الله بهذا المعنى زعم في الأمة تعتق وقد دخلت في العدة أنها لا تكون في عدتها حرة وتعتد عدة أمة وفي المسافر يدخل في الصلاة ثم يقيم لا يكون في بعض صلاته مقيماً ويقصر ثم قال. وهذا أشبه بالقياس قال المزني فهذا معنى ما قلت وبالله التوفيق».

أحدها: إن قال: لو كان الصوم فرضه، ما جاز إبطال الفرض والتكفير بالعتق في جواز ذلك دليل على وجوب العتق دون الصوم.

والجواب عنه: إن فرض الصوم تخفيف، والعتق تغليظ، وإسقاط الأخف بالأغلظ يجوز، كما أن فرض الواجد للماء بأكثر من ثمنه التيمم، ولو اشترى الماء وتوضأ به أجزأه وإن لم يكن فرضه. والمريض فرضه في الصلاة القعود، ولو تحمل المشقة في قيامه أجزأه، كما أن المعسر في الكفارة فرضه الصوم، ولو استدان وأعتق أجزأه العتق، كذلك إذا أيسر في تضاعيف الصوم.

والسؤال الثاني: إن قال: الفرض في كفارة الظهار على الترتيب، وإذا خيرّ بين إتمام الصوم أو العتق، جعلت على التخيير، وفي هذا إحالة فرض، وتغيير نص.

والجواب عنه: إن فرضها على الترتيب في الوجوب، وعلى التمييز في الاستحباب، كالمعسر يكفر بالصوم من عدم الرقبة، وله الخيار في التكفير بالعتق إذا استحب التغليظ، ولا يكون في ذلك إحالة فرضها من الترتيب إلى التخيير.

والسؤال الثالث: أن المعتدة بالشهور إذا حاضت في تضاعيف شهورها انتقلت إلى الأقراء واعتدت بالحيض وبطلت شهورها، كذلك المكفر بالصوم إذا وجد الرقبة.

والجواب عنه: أن المعتدة وإن انتقلت برؤية الحيض إلى الاعتداد بالأقراء، ففيها قولان:

أحدهما: أنها تعتد بما مضى من شهورها قرءاً، ثم تكمل أقراءها بالحيض والطهر. فعلى هذا، يكون الفرق بين العدة والكفارة: أنه قد يقع الاعتداد بما مضى من الشهور، فجاز أن يلزم الانتقال إلى الأقراء، وليس يقع الاعتداد بما مضى من الصوم فلم يلزم الانتقال إلى العتق لئلا يصير جامعاً في التكفير بين الصوم والعتق.

والقول الثاني: إنها لا تعتد بما مضى من شهورها. فعلى هذا، يكون الفرق بين العدة والكفارة: أن دخولها في العدة على شك من فرضها لجواز انتقالها من الشهور إلى الحيض، ومن الحيض إلى الحمل، والدخول في الكفارة على يقين من الفرض فيه.

والسؤال الرابع: أن الأمة إذا أعتقت في العدة لزمتها عدة حرة، كذلك المكفر إذا أيسر.

والجواب عنه: أن في عدتها بعد العتق قولين:

أحدهما: أنها تعتد عدة أمة اعتباراً بالابتداء، فعلى هذا يسقط السؤال.

والقول الثاني: تبني على عدة حرة اعتباراً بالانتهاء، فعلى هذا يكون الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: ما قدمناه من أنه يقع الاحتساب بما مضى من العدة، ولا يقع الاحتساب بما مضى من الصوم.

والثاني: أن الاعتبار في العدة بالانتهاء لوقوع الشك في الابتداء، والاعتبار في الكفارة بالابتداء لانتفاء الشك عنه.

والسؤال الخامس: إن قال في المسافر: إذا أحرم بالصلاة ناوياً القصر ثم أقام، لزمه أن يتمها صلاة مقيم، ولا يبني وهو مقيم على صلاة مسافر، وإن كان في أولها مسافراً؛ كذلك المكفر لا يجوز أن يصوم إذا صار موسراً.

والجواب عنه: ما قدمناه في العدة، من أنه قد يعتد بما مضى من صلاته قبل إقامته وهو لا يعتد في الكفارة بما مضى من صيامه، فافترقا. فإذا ثبت أنه لا يلزمه إذا دخل في الصوم الانتقال إلى العتق إذا قدر عليه هكذا إذا كان من أهل الإطعام لعجزه عن الصيام، فشرع فيه فأطعم بعض المساكين أو مسكيناً واحداً، ثم قدر على الصيام، لم يلزمه الصوم، وجاز أن يخرج باقي الإطعام لأنه قدر على المبدل بعد شروعه في البدل. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ السَّاعَةَ عَنْ ظِهَارِي إِنْ تَظَهَّرْتَهُ كَانَ حُرًّا لِسَاعَتِهِ، وَلَمْ يُجْزِئْهُ أن يَتَظَهَّرَ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ظِهَارٌ وَلَمْ يَكُنْ سَبَبٌ مِنْهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. يعتق عليه العبد لأنه قد أنجز عتقه، ولا يجزئه عن ظهاره إن تظاهر، لوجوب العتق بسببين هما: الظهار، والعود. فلم يجز تعجيله قبل وجود أحد السببين، كما لا يجوز تعجيل الزكاة قبل وجود الحول والنصاب، ولا تعجيل الكفارة قبل اليمين والحنث. ولو أعتق بعد الظهار وقبل العود، أجزأه العتق إذا عاد لوجود أحد

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٦.

السببين، كما يجوز تعجيل الزكاة بعد وجود النصاب وقبل الحول، وتعجيل الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث.

فصل: وإذا قالت المرأة لزوجها: أنت عليَّ كظهر أمي، فمذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة: أنها لا تكون مظاهرة ولا تجب عليها كفارة.

وقال الحسن البصري، وابن أبي ليلى، والنخعي: يكون ظهاراً، تلزمها به كفارة الظهار.

وقال أبو يوسف: تجب عليها كفارة يمين.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾[1] فخاطب الرجال بالظهار في النساء، فلم يصح من النساء في الرجال. ولأنه علق الكفارة بالعود، والعود يكون من الرجال دون النساء، كذلك الظهار.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

بَابُ الكَفَّارَةِ بِالطَّعَامِ
مِنْ كِتَابَيْ ظِهَارٍ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فِيمَنْ ظَاهَرَ وَلَمْ يَجِدْ رَقَبَةً وَلَمْ يَسْتَطِعْ حِينَ يُرِيدُ الكَفَّارَةَ صَوْمَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ بِمَرَضٍ أَوْ عِلَّةٍ مَا كَانَتْ، أَجْزَأَهُ أَنْ يُطْعِمَ)[(١)].

قال الماوردي: استحقاق الترتيب في كفارة الظهار يمنع من الإطعام إلا بعد العجز عن الصيام، قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾[(٢)] وعجزه عن الصيام ضربان:

أحدهما: لا يرجى زواله كالعجز بالهرم. فهذا عجز متأبد يجوز معه الإطعام، والأولى تقديمه.

والثاني: أن يرجى زواله كالعجز بالمرض، فهو في مثل هذا بالخيار بين: تعجيل الإطعام اعتباراً بحاله، وبين أن ينتظر حال برئه، فربما كفر بالصيام لأنه غير مستحق على الفور. ثم العجز على ضربين:

أحدهما: أن لا يقدر معه على الصيام بحال.

والثاني: أن تلحقه المشقة الغالبة في صيامه مع قدرته عليه، وله في الحالين أن يكفر بالإطعام، ولا يراعى عدم القدرة بكل حال، وكذلك الفطر في شهر رمضان.

فلو كان المظاهر قادراً على صوم أحد الشهرين عاجزاً عن الآخر، كان في حكم العاجز عنهما في الانتقال إلى الإطعام، لأن تبعيض الصوم في الكفارة لا يجوز. وهكذا لو قدر على الصيام ولم يقدر على التتابع فيه، كان في حكم العاجز عنه في العدول إلى الإطعام لأنه يعجز عما يجزىء من الصيام.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٦.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٤.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يُجْزِئُهُ أَقَلُّ مِنْ سِتِّينَ مِسْكِيناً)(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح. الإطعام في كفارة الظهار مقدر من وجهين:

أحدهما: بما يدفع إلى كل مسكين. وهو عندنا مد، وعند أبي حنيفة مدان، والكلام معه يأتي.

والثاني: بمن يدفع إليه من أعداد المساكين، وهم عندنا: ستون مسكيناً، فإن نقص عددهم لم يجزه.

وقال أبو حنيفة: إن دفع ذلك القدر إلى مسكين واحد في ستين يوماً أجزأه، وإن دفعه إليه في يوم واحد لم يجزه، استدلالاً بقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾(٢) وهو في كل يوم مسكين، فجاز أن يدفع إليه ما يجب دفعه إلى المساكين.

ومن القياس: أنه مسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة، فجاز أن يدفع إليه منها كاليوم الأول. ولأن المقصود بالكفارة سد ستين جوعة، فاستوى سد ستين جوعة من شخص، وسدها من ستين شخصاً لوجود المقصود بها في الحالين. ولأنه لما جاز أن يتكرر المد الواحد بأن يعطيه ثم يشتريه ويقوم مقام ستين مداً، جاز أن يتكرر المسكين الواحد بأن يعطيه ثم يعطيه، فيقوم مقام ستين مسكيناً.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾(٣) فأمر بفعل الإطعام المتعدي إلى المطعوم وقرنه بعدد، فلم يجز الاقتصار على بعض العدد، كما لم يجز الاقتصار على بعض الطعام. ولو أراد بذلك تقدير الطعام دون المطعوم، لقال: وطعام ستين مسكيناً، على أن في الإطعام تقدير الطعام والمطعوم، فكان أولى من حمله على تقدير الطعام دون المطعوم.

فإن قيل: فمنع الأخذ منه يؤدي إلى تعيين المساكين، وهم غير معينين.

قلنا: إنما يعين في المنع دون الدفع وذلك جائز، كما يتعين منعه في اليوم الواحد، ولا تؤدي إلى تعيين المساكين، كذلك في الأيام المختلفة. ولأن رسول الله ﷺ قد أمر أوس بن الصامت وسلمة بن صخر بإطعام ستين مسكيناً مداً مداً(٤) فكان الاقتصار على أحدهم خلافاً لأمره.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٦.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٤.

(٣) سورة المجادلة، الآية: ٤.

(٤) سبق تخريجه في أول الظهار.

ومن القياس: أنه اقتصر بكفارته على شخص واحد فلم يجزه، كما لو دفعه إليه في يوم واحد.

فإن قيل: فالمعنى في اليوم الواحد أنه غني عنه وغير محتاج إلى سد جوعته به، وليس كذلك في الأيام المختلفة لحاجته إليه في سد جوعته به.

قيل: هذا التعليل فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لو منع منها في اليوم الواحد لاستغنائه لمنع من غيرها فيه، وهو لا يمنع من غيرها فبطل بهذا التعليل.

والثاني: أنه لو منع منها في اليوم الواحد لهذه العلة، لجاز إذا سرق منه ما أخذه أن يأخذ منها في بقية يومه لحاجته، وهم لا يجوزون ذلك، فبطل هذا التعليل.

والثالث: أنه لو استبقى قوت يومه إلى غده، جاز له أن يأخذ منها قوت غده، وإن كان غنياً عنه بما عنده منها، فبطل تعليله.

وقياس ثان: وهو أن كل من لم يكن من أهل هذه الكفارة في يومه، لم يكن من أهلها في غده، كالغني.

وقياس ثالث: وهو أن الصفة إذا اشترطت في عدد ولم يجز الإخلال بالصفة لم يجز الإخلال بالعدد، كالشهادة يشترط فيها عدالة الشهود والعدد، كذلك الكفارة يشترط فيها عدد ومسكنة.

وقياس رابع: وهو أنه حق وجب صرفه في عدد على صفة، فلم يجز الاقتصار على واحد من تلك الصفة، كالوصية لعشرة من المساكين لا يجوز الاقتصار بها على أحد المساكين.

ومن الاستدلال: أن في الآية شيئين عدد وطعام، وتقدير الطعام مستفاد بالاجتهاد لاجتهاد الناس فيه، وعدد المساكين مستفاد بالنص للإجماع عليه؛ فلما لم يجز ترك ما استفيد بالاجتهاد من تقدير الطعام، فأولى أن لا يجوز ترك ما استفيد بالنص من عدد المساكين.

واستدلال ثان: وهو أن النص الوارد في العدد المأمور به ستون، فنحن جعلناه عدد الستين مسكيناً وهو منصوص، وأبو حنيفة جعله عدد الستين يوماً وهو غير منصوص. ثم لو

استويا في الاحتمال كان ما قاله فاسداً للاعتلال، لأنه لو أطعم ستين مسكيناً في يوم واحد أجزأه عنه، وعندنا مع فقد اعتلاله ووجود علتنا.

فأما الجواب عن استدلالهم من الآية بانطلاق اسم المسكنة عليه، فهو: أن علة المنع أخذه من الكفارة، لا زوال المسكنة اعتباراً باليوم الواحد.

وأما الجواب عن قياسهم بأنه مسكين لم يستوف قوت يومه كاليوم الأول، فهو: أن نقلب العلة عليه فنقول: لأنه مسكين استوفى قوت يومه من كفارة فلم يجز أن يأخذ منها ثانية كاليوم الأول، وتكون هذه العلة أولى لأنها أقل أوصافاً من تلك بوصف. لأنهم قالوا: لم يستوف قوت يومه، ونحن قلنا: استوفى قوت يومه، فأثبتوا الإضافة التي أسقطناها وهي زيادة وصف. وإذا تعارضت العلتان وقلّت أوصاف إحداهما، كانت أولى. ثم المعنى في أصل علتهم: أنه لم يستوف قوت يومه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المقصود من الكفارة سد ستين جوعة، فهو: أنه كذلك لكن من ستين مسكيناً، لأن المسكين الواحد لو أخذ جميعها في يوم واحد وسد بها جوعته في ستين يوماً لم يجزه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لما جاز أن يتكرر السد الواحد جاز أن يتكرر المسكين الواحد فمن وجهين:

أحدهما: أن في تكرار المد استيفاء العدد فجاز، وليس في تكرار المسكين استيفاء العدد فلم يجز.

والثاني: أنه لما جاز تكرار المد في اليوم الواحد، جاز في الأيام كلها. ولما لم يجز تكرار المسكين في اليوم الواحد، لم يجز في الأيام كلها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (كُلُّ مِسْكِينٍ مُدًّا مِنْ طَعَامِ بَلَدِهِ الَّذِي يَقْتَاتُ حِنْطَةً أَوْ شَعِيراً أَوْ أُرْزاً أَوْ سَلْتاً أَوْ تَمْراً أَوْ زَبِيباً أَوْ أَقْطاً)[1].

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في قدر ما يعطى كل مسكين في كفارة الظهار وغيرها. فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أنه يعطى مداً واحداً بمد النبي ﷺ، وهو رطل وثلث من جميع الأقوات من: بر، وشعير، وتمر، وزبيب، في جميع الكفارات من الظهار

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

والقتل إذا قيل: بدخول الإطعام فيه على أحد القولين، والوطء في شهر رمضان، والأيمان إلا في كفارة الأذى وحدها في الحج فإن لكل مسكين مدين، وهو قول: ابن عمر، وابن عباس، وزيد بن ثابت، وأبي هريرة، وجمهور الفقهاء.

وقال أبو حنيفة: جميع الكفارات سواء، ويختلف المقدار باختلاف الأقوات. فإن كان براً أعطى كل مسكين نصف صاع قدره أربعة أرطال، وإن كان شعيراً أو تمراً أعطاه صاعاً قدره ثمانية أرطال، وعنه في الزبيب روايتان:

أحدهما: نصف صاع كالبر. والآخر: صاعاً كالشعير والتمر.

وقال مالك: كل الأقوات سواء، ويختلف المقدار باختلاف الكفارات. فيعطى فيما سوى كفارة الظهار من سائر الكفارات مداً بمد النبي ﷺ كما ذكرناه، ويعطى في كفارة الظهار مداً بمد هشام وهو الحجاجي وقدره مد وثلثاً بمد النبي ﷺ.

واستدل من نصَّر قول أبي حنيفة بحديث سلمة بن صخر قال: تظاهرتُ من امرأتي فأتيتُ النبي ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: «أَعْتِقْ رَقَبَةً» فقلت: لا أجدُ فقال: «صُمْ شهرينِ متُتَابِعَيْن» فقلت: لا أستطيعُ فقال: «أَطْعِمْ ستِّين مسكيناً وسقاً من تمر» قال: لا أملكُ فقال: «اذْهَبْ إِلَى صَدقة بني زريْقٍ فخُذْها وأطعِمْ منها ستين مسكيناً وسقاً من تمر وكُلْ أنتَ وعيالُكَ بقيتها»[١].

قالوا: فقد أمره أن يطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر، والوسَق ستون صاعاً، فدل على أن لكل مسكين صاعاً.

قالوا: ولأنه تكفير بإطعام فلم يجز فيه المد، كالكفارة في الأذى.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾[٢] فاقتضى الظاهر ما يطلق عليه اسم الإطعام من قليل أو كثير، إلا ما خصه الإجماع وهو ما نقص عن المد.

وحديث أوس بن الصامت قال: تظاهرتُ من امرأتي فأتيتُ النبي ﷺ: فذكرْتُ ذلك له فقال: «أعتِقْ رقَبَة» قلت: لا أجدُ فقال: «صُمْ شهرين متُتَابِعين» فقلت: لا أستطيعُ فقال: «أطعِمْ ستِّينَ مسكيناً» فقلت: لا أملك قال: «فأعْطَاني خمسةَ عشر صاعاً من شعير وقال:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٤.

«أَطْعِمْهُ سِتِّينَ مسكيناً»[١] فدل هذا الحديث على أن لكل مسكين مداً واحداً، لأن الخمسة عشر صاعاً ستون مداً. ودل على أن الشعير والبر سواء، لأن أقل من مد برٍّ لا يجزىء،

فإن قيل: إنما عانه بهذا القدر ليتمم باقيه من عنده.

قيل: هذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه أخبره أنه لا يملك شيئاً.

والثاني: أنه قال أطعمه ستين مسكيناً.

وروى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة: أن أعرابياً أتى رسول الله ﷺ يضربُ نَحْرَه وينتفُ شعرَه ويقول: هلكْتُ وأهلكْت فقال له رسول الله ﷺ: «ما الذي أهلكَك»؟ قال: وقعْتُ على امرأتي في شهر رمضانَ فقال: «أعتِقْ رقَبة» فقال: لا أجدُ فقال: «صُمْ شهرينِ متُتَابعين» فقال: لا أستطيعُ فقال: «أَطْعِمْ ستِّين مسكيناً» فقال: لا أملكُ فأتى رسول الله ﷺ بعرق من تَمْرٍ وقال: «خُذْهُ فأَطْعِمْهُ ستِّين مسكيناً» فقال: واللهِ ما بين لابَتَيْها أحوجُ إليه مني فقال: «كُلْهُ أنتَ وأهلك»[٢].

قال سعيد بن المسيب: والعرق ما بين خمسة عشر صاعاً، إلى عشرين صاعاً فدل على أنه لا يستحق المسكين صاعاً ولا نصفه، والعرق كالزنبيل من خوص ليس له عرى.

وروي عن ابن عباس أنه قال: لكل مسكين مد من حنطة وبغير إدامه، ووافقه من ذكرنا من الصحابة فكان إجماعاً.

ومن القياس: أنه تكفير بإطعام فلم يتقدر حق المسكين بصاع، كالبرّ. ولأنه حب مخرج في حق الله تعالى، فاستوى في قدره البر والشعير كالزكاة. ولأن ما تقدرت به النفقة، جاز أن تتقدر به الكفارة كالدين.

ومن الاستدلال: أن الله تعالى جعل إطعام ستين مسكيناً بدلاً من صيام ستين يوماً، فجعل ما يخرجه من الإطعام في مقابلة ما كان يعانيه ويتزفه في الصيام. والذي كان يعانيه جوعه في صيامه في نهاره ترفَّه فيها بغدائه، فلزم أن يسد جوعة المسكين بمثله. والغداء الذي يسد الجوعة في الأغلب مد، فاقتضى أن يكون هذا القدر المدفوع إلى كل مسكين أنه هذا القدر الذي كان يترفه به في صيامه، وهو القدر الذي يحتاج إليه في إفطاره.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث أبي هريرة: سبق تخريجه في الصوم.

فأما الجواب عن حديث سلمة بن صخر، فهو: أنه قد عارضه حديث أوس بن الصامت، فنستعمل الحديثين، ونستعمل حديث سلمة بن صخر ودفع الوسق إليه على أن يدفع منه إلى المساكين القدر الواجب وهو خمسة عشر صاعاً، ويأكل الباقي. وحديث أوس على أنه اقتصر به على القدر الواجب، على أن الدارقطني قد روى حديث سلمة بن صخر أنه دفع إليه خمسة عشر صاعاً.

أما قياسه على كفارة الأذى، فالمعنى فيه: أنه لما قلَّ عدد المساكين فيها، جاز أن يزيد قدر الطعام فيها. ولما كثر عدد المساكين في كفارة الظهار، جاز أن يقل قدر الطعام فيها.

وأما مالك، فالدليل عليه: أن التكفير بالإطعام يوجب تقديره بمد النبي ﷺ قياساً على سائر الكفارات.

فصل: فإذا ثبت تقدير الإطعام بمد من جميع الأجناس، فهي الأجناس المزكاة من الحبوب والثمار المقتاتة. ولا يجوز أن يخرج من غير المزكاة وإن كان مقتاتاً إلا الأقط، ففي جواز إخراجه في زكاة الفطر وفي الكفارات إذا كان قوتاً للمزكي والمكفر قولان مضيا في كتاب الزكاة. وإذا كان كذلك، أخرج من أغلبها قوتاً في الكفارة. فأما في زكاة الفطر، فعلى قولين مضيا.

وإذا وجب أن يخرج من غالب القوت، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الأظهر من غالب قوت بلده، لأن النفع به أعم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي عبيد بن حربويه: من غالب قوت نفسه، لأنهما حقان عن مال وبدن، فلما كان ما وجب عن المال يخرج من غالب ماله، وجب أن يكون ما يخرج عن البدن من غالب قوت بدنه. فعلى هذا، إن كان غالب القوت شعيراً فأخرج ما هو أغلى منه كالتمر والبر أجزأه. فإن كان غالبه براً، فأخرج ما هو دون منه كالشعير، ففي إجزائه وجهان، أصحهما: لا يجزىء.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يُجْزِئُهُ أَنْ يُعْطِيَهُمْ جُمْلَةً سِتِّينَ مُدًّا أَوْ أَكْثَرَ، لأَنَّ أَخْذَهُمْ الطَّعَامَ يَخْتَلِفُ فَلاَ أَدْرِي لَعَلَّ أَحَدَهُمْ يَأْخُذُ أَقَلَّ، وَغَيْرُهُ أَكْثَرَ، مَعَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمْ إِنَّمَا سَن مَكِيلَةَ طَعَامٍ فِي كُلِّ مَا أَمَرَ بِهِ مِنْ كَفَّارَةٍ)[١].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

قال الماوردي: ودفع ذلك إليهم، حملٌ على ضربين:

أحدهما: أن يعطيهم ولا يملكهم إياه بالسوية، ويقول: خذوه، أو كلوه، فلا يجزئه. لا يختلف لأنه إن قال: خذوه، فقد يأخذ بعضهم أكثر من مد فلا تحتسب الزيادة، ويأخذ بعضهم أقل من مد فلا يجزئه النقصان. وإن قال: كلوه، فما ملكهم. وإنما أباحهم، والتكفير يوجب تمليك الفقراء.

والضرب الثاني: أن يملكهم ذلك ويسوي بينهم فيه، فيدفع إلى ستين مسكيناً ستين مداً ويقول: قد ملكتكم هذا بينكم بالتسوية، فاقتسموه إن شئتم، ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبي إسحاق المروزي: إنه يجزئه، لأن التمليك قد حصل، والتسوية بينهم قد وجدت ولم يبق إلا القسمة، وليس عليه أن يتكلفها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الأصطخري: لا يجزئه حتى يفرد كل واحد منهم بقدر حقه وهو مد، لأنه مع الإشاعة لا يقدر على التصرف، ويحتاج إلى مؤنة القسمة التي ليس عليه أن يتكلفها. كما لا يجوز أن يعطيهم رطباً، لما يلزمهم من مؤنة تجفيفه، ولا سُنبلاً لما يلزمهم من مؤنة دياسته وتصفيته.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يُجْزِئُهُ أَنْ يُعْطِيَهُمْ دَقِيقاً وَلاَ سَوِيقاً وَلاَ خُبْزاً حَتَّى يُعْطِيهُمُوهُ حَبًّا)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح لأمرين:

أحدهما: أن النبي ﷺ نص على الحبوب، فلا يجزيه غيرهما.

والثاني: أن الحب أكثر منفعة. لأنه يمكن إدخاره وزرعه واقتناؤه، فإذا صار دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً نقصت منافعه، وإخراج الناقص في موضع الكامل غير مجزىء.

وقال أبو القاسم الأنماطي: يجوز إخراج الخبز، لأنه مهيأ للاقتيات مستغن عن مؤونة وعمل. وهذا فاسد، لأن الإقتيات أحد منافعه، وإذا كمل اقتياته بالخبز فقد فوت كثيراً من منافعه التي ربما كانت الحاجة إليها أدعى والنفس إليها أشهى.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسَوَاءٌ مِنْهُمْ الصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ)[2].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

قال الماوردي: وهذا صحيح لعموم الآية. وأن الصغير ربما كان أمسُّ حاجة، ولأن الإطعام في مقابلة العتق الذي يستوي فيه عتق الصغير والكبير، وكذلك الإطعام يستوي فيه الصغير والكبير؛ إلا أن الصغير لا يصح منه قبض ما يعطى حتى يقبضه وليه من المكفر أو من الصبي بعد دفعه إليه فيجزيء. فإن أكله الصبي أو أتلفه قبل وصوله إلى وليه، لم يجزه، وكذلك المجنون.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. ولا يجوز أن يدفع كفارته أو زكاته إلى أحد تجب عليه نفقته، من والديه ومن مولوده. فالوالدون: هم الأباء، والأمهات، والأجداد، والجدات، ونفقاتهم تجب عليه بشرطين: الفقر، والزمانة.

والمولودون هم: البنون، والبنات، وبنو البنين، وبنو البنات، ونفقاتهم تجب بشرطين: الفقر، والصغر أو الزمانة مع الكبر، فإذا وجبت نفقاتهم بما ذكرنا كان ما دفعه إليهم من زكاة أو كفارة غير مجزيء لأمرين:

أحدهما: أنهم به أغنياء، والزكاة والكفارة لا يدفعان إلى غني.

والثاني: أنه يعود عليه نفع ما دفع، لأنه تسقط عنه نفقاتهم بها فصار كأنه صرفها إلى نفسه، فلم تجزه. وكذلك لا يجوز أن يدفع ذلك إلى زوجته، لما ذكرنا من المعنيين، لكن يجوز للمرأة أن تدفع ذلك إلى زوجها لعدم المعنيين فيه، أنه لا يكون بها غنياً ولا يلزمها نفقته، ولأنه لا يسقط بها عنها شيئاً كان يلزمها.

فإن قيل: فهو إذاً يعود نفعه إليها، لأنه يجوز أن ينفقه عليها.

قيل: ليس يجب لها بذلك حق لم يكن، لأنه إن كان فقيراً فليس يصير بما أخذه منها غنياً، فليس يجب لها في الحالين إلا نفقة معسر، وعوده إليها إن أنفقه عليها بمعنى يعود إلى اختياره، فصار كعوده بهبة أو ميراث. فإن كان الوالدون والمولودون فقراء غير زمناء، فالصحيح من مذهبه الجديد وأحد قوليه في القديم: أن نفقاتهم لا تجب، فيجوز دفع الكفارة والزكاة إليهم.

وإن قيل: بالقول الثاني من القديم: أن نفقاتهم تجب بالفقر وحده، لم يجز دفعها إليهم.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ عَبْداً وَلاَ مُكَاتَباً)[١].

قال الماوردي: لا يجوز دفع الكفارة ولا الزكاة إلى عبد غيره، ولا إلى عبد نفسه، لمعنيين:

أحدهما: أن العبد لا يملك، فصار ذلك دفعاً إلى سيده.

والثاني: أنه غني عنها بوجوب نفقته على سيده.

وأما المكاتب فلا يجوز دفع الكفارة إليه، لأنه إن كان ذا مال فهو غني بماله، وإن كان غير ذي مال فيقدر على تعجيز نفسه فيصير غنياً بسيده، ويجوز أن يدفع إليه من الزكاة.

والفرق بينهما: أنه يجوز أن يدفع من الزكاة إلى الأغنياء وهم المؤلفة قلوبهم، والعاملون، وأحد صنفي الغارمين، وفي سبيل الله، فجاز أن يدفع منها إلى المكاتب، ولا يجوز أن يدفع من الكفارة إلى غني، فلم يجز أن يدفع منها إلى المكاتب. وحكم المدبر وأم الولد كحكم العبد والأمة في أن لا يجوز دفع الزكاة والكفارة إليهما. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ أَحداً عَلَى غَيْرِ دِينِ الإِسْلاَمِ)[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح. في الكفارات والزكوات أنه لا يجوز دفعها إلى كافر، سواء كان حربياً أو ذمياً، واختار أبو حنيفة دفع الكفارة وزكاة الفطر إلى الذمي دون الحربي، ومنع من دفع زكاة الأموال إلا لمسلم، وقد مضت هذه المسألة في قسم الصدقات.

ومن الدليل عليه: أنه حق مخرج باسم التكفير، فلم يجز وضعه في الكفار كالعتق في كفارة الظهار والقتل. ولأن كل من لم يجز دفع زكاة المال إليه، لم يجز دفع الكفارة إليه كالحربي.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وقال فِي القَدِيْم: لَوْ عَلِمَ بَعْدَ إِعْطَائِهِ أَنَّهُ غَنِيٌّ أَجْزَأَهُ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى أَنَّهُ لاَ يُجْزِئُهُ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهَذَا أَقْيَسُ، لأَنَّهُ أَعْطَى مَنْ لَمْ يَفْرِضْهُ اللَّهُ تَعَالَى لَهُ، بَلْ حَرَّمَهُ عَلَيْهِ، وَالخَطأُ عِنْدَهُ فِي الأَمْوَالِ فِي حُكْمِ العَمْدِ إِلاَّ فِي المَأْثَمِ)[٣].

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

(٣) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

قال الماوردي: وهذه المسألة قد مضت في قسم الصدقات. وذكرنا: أنه إذا أعطي من الزكوات أو الكفارة من ظن أنه مستحقاً فبان غير مستحق، فإن خرج من أهل الاستحقاق بكونه عبداً أو كافراً لم يجزه، لأن الرق والكفر أمارة ظاهرة قلَّ ما يخفيان معها، فإن الخطأ فيها لتقصير منه في الاستدلال عليها، وإن خرج من أهل الاستحقاق لكونه غنياً، فإن لم يجتهد فيه عند الدفع إليه، لم يجزه لتقصيره، وإن اجتهد ففي إجزائه قولان:

أحدهما: قاله في القديم وبه قال مالك وأبو حنيفة: يجزئه، لأنه يجوز أن يعمل على اجتهاده فلم يلزمه الإعادة مع وجود الاجتهاد. ولأن النبي ﷺ قال للرجلين اللذين وقفا عليه وسألاه من مال الصدقة: «إن شئتما فلا حظَّ فيها لغنيٍّ ولا لذي مرةٍ سوي»[1] ثم أعطاهما رجوعاً إلى قولهما، وعملاً على الظاهر من أحوالهما.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: أنه لا يجزئه؛ لأن الخطأ في المستحق يمنع من الإجزاء كما لو بان عبداً أو كافراً، ولأن الخطأ في دفع الحقوق إلى غير مستحقها لا يقتضي البراءة منها، كالودائع إذا دفعت إلى غير أربابها، والديون إذا أديت إلى غير أصحابها. ومثل هذين القولين في هذه المسألة المجتهد في القبلة إذا تيقن الخطأ، والمتيمم إذا وجد الماء في رحله، والمصلي إذا علم أنه كان في ثوبه نجاسة، أو نسي قراءة الفاتحة، ومن اشتبهت عليه الشهور في رمضان فبان أنه صام شعبان، ففي هذه المسائل كلها قولان كدفع الكفارة إلى من بان أنه غني.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيُكَفِّرُ بِالطَّعَامِ قَبْلَ المَسِيس، لأَنَّهَا فِي مَعْنَى الكَفَّارَةِ قَبْلَهَا. وَلَوْ أَعْطَى مِسْكِيناً مُدَّيْنِ: مُدًّا عَنْ ظِهَارِهِ، وَمُدًّا عَنِ اليَمِينِ، أَجْزَأَهُ لأَنَّهُمَا كَفَّارَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ)[2].

قال الماوردي: أما تحريم المسيس قبل التكفير بالعتق والصيام فمما أجابه النص وأجمع عليه الفقهاء. قال الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[3].

وأما تحريم المسيس قبل الإطعام، فقد جوزه مالك وسفيان الثوري. لأن الله تعالى

---

(١) سبق تخريجه في الزكاة والصدقة.

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

(٣) سورة المجادلة، الآيتان: ٣ و٤.

قيد العتق والصيام بتحريم المسيس قبلهما فبقيا على تقييدهما، وأطلق الإطعام ولم يقيده بتحريم المسيس قبله فحمل على إطلاقه.

وذهب الشافعي: إلى أن المسيس قبل الإطعام يحرم كتحريمه قبل العتق والصيام، لأن ذلك كله تكفير عن ظهاره. لأن المطلق محمول على المقيد من جنسه كالشهادة، ولأنه لما وجب حمل المطلق على مقيد واحد، كان حمله على مقيدين أولى لأنهما أوكد. ولأنه لما لزم لتغليظ حال الظهار أن يكفر قبل وجود المسيس في التكفير بالصيام وهو أطول وزمانه أضر، كان تأخيره عن التكفير بالإطعام مع قربه أحق.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُكَفِّرَ إِلاَّ كَفَّارَةً كَامِلَةً، مِنْ أَيِّ الكَفَّارَاتِ كَفَّرَ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجوز أن يبعض كفارة الظهار ولا غيرها من الكفارات، فيعتق بعض رقبة ويتمها ببعض الصوم، أو يصوم بعض الصيام ويتم بالإطعام حتى يكملها من أحد الأجناس. فإن كان من أهل العتق كمل عتق رقبة، وإن كان من أهل الصيام كمل صوم شهرين، وإن كان من أهل الإطعام كمل إطعام ستين مسكيناً. لأن الله تعالى رتب كفارة الظهار في ثلاثة أجناس، وخير في كفارة اليمين بين ثلاثة أجناس، فلا يجوز أن يحصل الترتيب بين أكثر من الأجناس الثلاثة، ولا التخيير بين أكثر من أجناس ثلاثة. ولأنه يصير بتبعيض الأجناس أو تفريقها جامعاً بين البدل والمبدل، والإضرار يمنع من الجمع بينهما.

فإن قيل: أو لستم تقولون فيمن وجد من الماء ما يكفيه أنه يستعمله ويتيمم لباقيه، وهو جمع بين البدل والمبدل؟

قيل: الفرق بينهما من وجهين: ظاهر، ومعنى.

أما الظاهر، فلأنه في الكفارة قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[٢] إلى أن قال: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[٣] فجعل الصيام بدلاً من جميع الرقبة الكاملة التي كانت فرضه في التكفير. وقال في التيمم: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾[٤] فذكر ماء منكراً فصار فرضه، أي: ما وجده.

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٧.
(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.
(٣) سورة المجادلة، الآية: ٤.
(٤) سورة المائدة، الآية: ٦.

وأما المعنى فهو: أن التيمم قد ينوب تارة عن طهارة بعضه في الحدث، ولا تماثل الطهارة في البعض عتق البعض وصوم البعض فجاز في الواجد لبعض الماء أن ينوب عن باقيه، وصح الجمع بينهما. وليس كذلك صوم الكفارة، لأنه لا ينوب عن بعض العتق، فلم يجزْ الجمع بينهما. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ الكَفَّارَاتِ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ لاَ تَخْتَلِفُ وَفِي فَرْضِ اللَّهِ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ عليه السلام وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ بمدّه عليه السلام وَكَيْفَ يَكُونَ بِمُدِّ مَنْ لَمْ يُولَدْ فِي عَهْدِهِ أَوْ مُدُّ أُحْدِثَ بَعْدَهُ)[(١)].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في أعداد الأمداد، وإن لكل مسكين مداً واحداً في جميع الكفارات، إلا فدية الأذى فإن لكل مسكين مدين.

فأما مقدار المد، وهو مد النبي ﷺ: وقدره رطل وثلث بالعراقي في جميع الكفارات.

وقال مالك: جميع الكفارات بمد النبي ﷺ إلا كفارة الظهار فإنها بالمد الحجاجي. وأصل هذا صاع الزكاة، وقد مضى في كتاب الزكاة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَوْ غَدَّاهُمْ أَوْ عَشَّاهُمْ وَإِنْ تَفَاوَتَ أَكْلُهُمْ فَأَشْبَعَهُمْ أَجْزَأَ)[(٢)].

قال الماوردي: يعني بهذا أبا حنيفة وأصحابه، قالوا: إنه لو غدى المساكين وعشاهم أجزأه، وإن لم يجزه عند الشافعي.

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٧. وتتمة المسألة: «وإنما قلت: مدّاً لكلّ مسكين لحديث النبي ﷺ في المكفّر في رمضان فإنه أتى ﷺ بعرق فيه خمسة عشر صاعاً فقال للمكفر كفر به وقد أعلمه أن عليه إطعام ستين مسكيناً فهذا مدخله وكانت الكفارة بالكفارة أشبه في القياس من أن نقيسها على فدية في الحج وقال بعض الناس المد رطلان بالحجازي وقد احتججنا فيه مع أن الآثار على ما قلنا فيه وأمر الناس بدار الهجرة وما ينبغي لأحد أن يكون أعلم بهذا من أهل المدينة وقالوا أيضاً لو أعطى مسكيناً واحداً طعام ستين مسكيناً في ستين يوماً أجزأه قال الشافعي رحمه الله: لئن أجزأه في كل يوم وهو واحد ليجزئه في مقام واحد فقيل له أرأيت لو قال قائل قال الله ﴿وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم﴾ شرطان عدد وشهادة فأنا أجيز الشهادة دون العدد فإن شهد اليوم شاهد ثم لشهادته فهي شهادتان فإن قال لا حتى يكونا شاهدين فكذلك لا حتى يكونوا ستين مسكيناً وقال أيضاً لو أطعمه أهل الذمة أجزأه فإن أجزأ في غير المسلمين وقد أوصى الله تبارك وتعالى بالأسير فلم لا يجزىء أسير المسلمين الحربي والمستأمنون إليهم».

(٢) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

قالوا: لأن المقصود بالإطعام سد الجوعة وإصلاح الخلة، وهذا موجود في الإطعام بالغداء والعشاء كوجوده بالعطاء.

ودليلنا: هو أن كل ما وجب صرفه في المساكين لزم فيه العطاء والتمليك كالكسوة، ولأنه قوت وجب صرفه إلى المساكين فوجب أن يراعى فيه التمليك كالزكاة. ولأن استهلاك الطعام كان على ملكه، فلم يجزه عن كفارته أصلاً إذا أباح المساكين إطعامهم. ولأن النية في الكفارة مستحقة عند إخراجها عن ملكه، ونية الكفارة عند الغداء والعشاء متعذرة، لأنه إن نوى عند التقديم كانت نية قبل الإخراج، وإن نوى عند الأكل كانت نية بعد الاستهلاك، وإن نوى مع كل لقمة شق. ولأن التمليك أعم منفعة من الأكل، لأنه يقدر على إدخاله على بيعه وعلى أكله، فلم يجز أن يسقط حقهم من عموم المنافع بأخذها، وفي هذا انفصال عن الاستدلال.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ أَعْطَاهُمْ قِيمَةَ الطَّعَامِ عَرضاً أَجْزَأَ فَإِنَّهُ أَتْرَكَ مَا نَصَّتِ السُّنَّةُ مِنَ المَكِيلَةِ فَأَطْعَمَ سِتِّينَ صَبِيًّا أَوْ رِجَالاً مَرْضَى أَوْ مَنْ لاَ يُشْبِعُهُمْ إِلاَّ أَضْعَافَ الكَفَّارَةِ فَمَا يَقُولُ إِذَا أُعْطِي عَرَضاً مَكَانَ المَكِيلَةِ لَوْ كَانَ مُوسِراً يَعْتِقُ رَقَبَةً فَتَصَدَّقَ بِقِيمَتِهَا فَإِنْ أَجَازَ هَذَا فَقَدْ أَجَازَ الإِطْعَامَ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الرَّقَبَةِ وَإِنْ زَعَمَ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ إِلاَّ رَقَبَةٌ فَلِمَ جَوَّزَ العَرَضَ وَإِنَّمَا السُّنَّةُ مَكِيلَةُ طَعَامٍ مَعْرُوفَةٌ وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ هَذَا أَنْ يُحِيلَ الصَّوْمَ وَهُوَ مُطِيقٌ لَهُ إِلَى الضِّدِّ)(١).

قال الماوردي: وهذا قاله احتجاجاً في جواز إخراج القيم في الزكوات وكذلك في الكفارات، وقد تقدم الكلام معه في المنع من إخراج القيم في الزكوات وكذلك في الكفارات.

ومن القياس في غير المسألة: إنْ أحلها يكفر بها، ولم يجز إخراج القيمة في العتق.

فإن قالوا: والمعنى في العتق أنه مستحق للعبد، وليس في العتق أنه يستحق العبد، فإذا أخرج قيمته صارت مصروفة في غير مستحقه، وليس كذلك قيمة الطعام والكسوة لأنه انصرف في مستحق الطعام والكسوة.

قلنا: لا فرق بين أن يدفع إلى المستحق غيره، وبين أن يدفع الحق إلى غير مستحقه،

---

(١) مختصر المزني: ص ٢٠٧.

في أنه يصرف الحق إلى غير مستحقه. ألا ترى أنه لا يجوز في حقوق الآدميين أن يدفع إلى صاحب الحق قيمته بدل حقه، كما لا يجوز أن يدفعه إلى غيره؟.

فإن قالوا: أو ليس القياس يجوز أن يدفع إلى صاحب الحق قيمة حقه عن تراض، فكذلك يجوز أن يدفع إلى المساكين قيمة ما يستحقونه عن تراض؟.

قيل: لأن حقوق الآدميين تتعين، فجاز أن يقع التراضي على القيمة، والكفارة مستحقة لغير معين، فلم يصح التراضي على القيمة والله أعلم. أنجز كتاب الظهار.

فهرس كتاب الحاوي الكبير

الجزء الثالث عشر

باب الطلاق بالحساب والاستثناء وغيره

باب طلاق المريض

باب الشك في الطلاق

باب ما يدهم الرجل من الطلاق

كتاب الرجعة

باب المطلقة ثلاثاً

باب الإيلاء

باب الإيلاء من نسوة

باب على من يجب التوقيت في الإيلاء

باب الوقف من الإيلاء

باب عتق المؤمنة في الظهار

باب مايجزىء من الرقاب وما لايجزىء

باب ما يجزىء من العيوب في الرقاب الواجبة

باب من له الكفارة بالصيام

باب الكفارة بالطعام

















